

UNIVERSITA' DI PISA

Facoltà di Giurisprudenza

Corso di Laurea Specialistica in Giurisprudenza

Titolo: La corruzione tra privati

Il Candidato

Musacci Daniele

Il Relatore

Prof. Giovannangelo
De Francesco

a.a. 2012/2013

A Luciano, Patrizia, Gianluca ed Elena.

INDICE

INTRODUZIONE	5
1. La corruzione sta dilagando.....	5
2. Struttura e finalità dell'elaborato	8
CAPITOLO PRIMO	10
LE FONTI INTERNAZIONALI E GLI OBBLIGHI	
D'INCRIMINAZIONE	10
1. Azione comune 98/742/GAI, sulla corruzione nel settore privato.....	10
2. Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa (27 Gennaio 1999).....	15
3. Decisione quadro 2003/568/GAI, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato.....	18
4. Convenzione di Merida delle Nazioni Unite contro la corruzione.....	22
CAPITOLO SECONDO	25
LA DISCIPLINA ITALIANA DELLA CORRUZIONE TRA PRIVATI PRIMA DELLA RIFORMA DEL 2002	25
1. Le fattispecie "minori" di corruzione tra privati: inquadramento sistematico.....	25
2. La "frode sportiva"	25
3. Il "mercato di voto"	29
4. Il "comparaggio"	30
5. Turbativa d'asta	34
6. L'astensione dagli incanti.....	37
7. Compensi illegali.....	38
CAPITOLO TERZO.....	42
L'ART. 2635 C.C.: ANALISI STRUTTURALE DELLA FATTISPECIE DI "INFEDELTA' A SEGUITO DI DAZIONE O PROMESSA DI UTILITA'" (ANTE L. 190/2012).....	42
1. Premessa	42
2. I soggetti attivi.....	45
3. Il bene giuridico tutelato.....	49
4. La condotta incriminata	53
a) La dazione o la promessa di utilità	54
b) Il compimento o l'omissione di atti in violazione degli obblighi inerenti all'ufficio	57
c) Il nocumento alla società	60
5. L'elemento soggettivo	63
6. Il tentativo.....	63
7. Il regime di procedibilità	65
8. L'aggravante del terzo comma	68
9. Il trattamento sanzionatorio e l'esclusione dall'ambito della responsabilità degli enti prevista dal d.lgs. 231/2001.....	69
10. Rapporti con altre fattispecie	72
11. Conclusioni intermedie.....	78

CAPITOLO QUARTO	83
LA RIFORMA DEL 2012: LA LEGGE 190/2012.....	83
1. Premessa	83
2. La riformulazione dell'art. 2635 c.c.: di nuovo disattesi gli obiettivi delle convenzioni in sede europea.....	85
3. La perseguibilità a querela.....	88
4. Il danno patrimoniale.....	93
5. La lesione della concorrenza	98
6. Limiti di previsione	103
7. Limiti di coordinamento	105
8. Conclusioni intermedie.....	109
CAPITOLO QUINTO.....	112
LA CORRUZIONE TRA PRIVATI : DIRITTO COMPARATO E PROSPETTIVE DI RIFORMA	112
1. Premessa	112
2. Il dibattito dottrinale in Europa	114
3. La normativa penale contro la corruzione nel settore privato in Germania	125
a) Criminologia e politica criminale.....	125
b) Il diritto penale dell'economia in Germania	126
c) Analisi del § 299 StGB.....	128
d) Il primo comma: la corruzione passiva	129
e) Il secondo comma: la corruzione attiva.....	132
f) Integrazione delle condotte, consumazione e tentativo	133
g) Le altre disposizioni	134
h) Il bene giuridico tutelato	136
4. Il delitto di corruzione privata in Francia	141
5. Riflessioni sull'ordinamento spagnolo	147
6. Il reato di corruzione privata in Olanda.....	153
7. L'autoregolamentazione delle aziende	157
8. Il disegno di legge S-19	164
CONCLUSIONI	166
BIBLIOGRAFIA	174

INTRODUZIONE

1. La corruzione sta dilagando

La corruzione costituisce un fenomeno criminale articolato e complesso che nel tempo ha subito una profonda trasformazione sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo, passando da fenomeno burocratico- pulviscolare a fenomeno politico-amministrativo-sistemico. Sotto il profilo quantitativo, la corruzione non è più un fenomeno episodico, ma tende ad essere di larghissima diffusione sia a livello statale che locale. Dal punto di vista qualitativo, la corruzione non riguarda solamente i piccoli burocrati ma giunge a coinvolgere i vertici amministrativi e politici delle istituzioni, dei grandi enti economici e persino delle imprese private.

La metamorfosi della corruzione ha comportato un significativo mutamento del disvalore dei fatti di corruzione e del “bene giuridico” offeso. In particolare, la natura sistemica della corruzione ha prodotto un ingigantimento del “bene giuridico” offeso e una rarefazione del contenuto di disvalore dei singoli comportamenti di corruzione.

In effetti, la corruzione sistemica non si limita a pregiudicare il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa, ma produce effetti dannosi sistemici di carattere economico e politico-istituzionale. Sotto il profilo politico-istituzionale, le nuove forme di manifestazione della corruzione, pregiudicando la fiducia dei consociati nella legalità dell'azione della pubblica amministrazione e della speculare amministrazione delle imprese private, mettono in crisi la legittimazione democratica degli apparati pubblici e il modo di condurre la stessa impresa privata.

Sotto il profilo economico, la sistematicità e diffusività della corruzione frenano lo sviluppo economico e alterano la distribuzione della ricchezza economica, concentrandola su coloro che fanno parte

del sistema corruttivo a scapito di chi ne è escluso. Di conseguenza, il disvalore della corruzione non è più solamente di danno o di pericolo prodotto dal singolo atto corruttivo, ma è di natura seriale derivante dalla somma dei fatti di corruzione.

Nel nostro paese, l'allarme è stato lanciato, di recente, dalla Corte dei conti, secondo la quale la corruzione *costa* al nostro Paese circa 60 miliardi di euro l'anno¹, una cifra che, se confrontata con i 120 miliardi di euro persi a livello europeo² a causa dello stesso fenomeno criminale, induce a formulare l'impressionante conclusione secondo cui la metà del giro economico dell'intera attività corruttiva europea è radicato in Italia. La gravità di questo dato viene, tra l'altro, confermata da *Transparency International*, organizzazione non governativa impegnata nella lotta alla corruzione, la quale colloca il nostro Paese al 69° posto (su 183) della classifica degli Stati con il più basso livello di *percezione sociale* della corruzione. La forte percezione sociale del fenomeno corruttivo, però, si affianca alla difficoltà di individuare e reprimere i singoli episodi criminali, i quali, in quanto fondati su un *pactum sceleris*, cioè su un accordo criminale che rafforza i rapporti fra le parti, che accomuna i loro destini e le possibilità di venir scoperti, restano in buona parte dei casi non conosciuti dalle forze dell'ordine e dalla magistratura, andando ad accrescere il già elevato *numero oscuro* di questa tipologia di reati. In sostanza, in Italia la corruzione c'è, la si percepisce, ma la si trova con difficoltà.

Per di più, in Italia, nell'immaginario collettivo, quando si pensa alla corruzione, viene in mente l'immagine del pubblico ufficiale che riceve una tangente per elargire, in virtù della funzione da lui ricoperta,

¹ Cfr. *Corte dei conti, Sezioni Riunite*. Cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2012. Relazione scritta del Procuratore Generale Lodovico Principato, 16 Febbraio 2012, consultabile sul sito www.cortedeiconti.it.

² Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo. *La lotta contro la corruzione nell'UE*, consultabile sul sito www.europarl.europa.eu.

uno o più “favori” che possono essere i più disparati: dalla promessa che una particolare pratica amministrativa verrà assolta in modo veloce, evitando tutti i dovuti passaggi burocratici, alla concessione di un appalto per la gestione di un servizio fino ad arrivare all’omissione di una doverosa attività di ispezione con conseguente vantaggio per il corruttore.

Tutto ciò è dovuto, soprattutto, agli scandali corruttivi che costantemente hanno interessato il nostro Paese: dalla Banca di Roma, al Banco Ambrosiano, Tangentopoli, sino ai più recenti casi Lodo Mondadori, Parmalat, e quelli tuttora in fase di accertamento.

Ciò a dimostrazione del fatto che la corruzione come fenomeno empirico corre principalmente, se non esclusivamente, sul terreno dell’economia. La stessa Europa nel sollecitare i suoi stati Membri a dotarsi di normative adeguate al contrasto del fenomeno corruttivo lo ha fatto pensando alla tutela di interessi economico-finanziari e, principalmente, di una vera libera concorrenza, costantemente minacciata dai metodi torbidi del sotterfugio prezzolati per aggirare le regole in funzione dell’ottenimento di un vantaggio altrimenti immeritato.

Tuttavia, sarebbe riduttivo incentrare l’ambito di tutela nell’area tematica dei delitti contro la pubblica amministrazione; non è solo quest’ultima, infatti, la sede in cui una posizione di potere, in senso lato, diviene possibile oggetto di mercimonio.

Proprio in quanto si tratta di metodi criminali che attraversano non solo il terreno pubblico, ma anche quello privato, in sede europea si è voluto dare una forte spinta verso forme di copertura penale in entrambi tali settori.

2. Struttura e finalità dell'elaborato

E' proprio questo l'obiettivo del Legislatore italiano: combattere il fenomeno corruttivo rafforzando gli istituti di natura preventiva e, soprattutto, riformando i delitti di corruzione.

Oggetto di questo lavoro sarà l'analisi di tale fenomeno nelle sue forme di manifestazione tra soggetti privati, cioè fra soggetti che non rivestono alcuna carica o funzione pubblica.

Innanzitutto, l'analisi di tale fenomeno, assolutamente nuovo nel panorama giuridico, non solo italiano ma anche comunitario, si concentrerà nell'individuazione dei contenuti delle principali fonti internazionali e comunitarie in materia di corruzione, foriere di obblighi d'incriminazione per il nostro Legislatore (Azione comune 98/742/GAI, Convenzione penale sulla corruzione del 1999 del Consiglio d'Europa, Decisione quadro 2003/568/GAI, Convenzione di Merida del 2003).

Successivamente, abbandonerò i confini internazionali e comunitari, per addentrarmi nell'area dell'ordinamento giuridico italiano. In *primis*, analizzerò quelle fattispecie, ribattezzate "minori" poiché hanno un limitato campo di applicazione, che impedisce loro di svolgere un ruolo di disposizione generale contro la corruzione tra privati; ruolo che dovrebbe svolgere il più rimaneggiato art. 2635 c.c. Si tratta, infatti, di fattispecie assai eterogenee tra loro, sparse nell'ordinamento, introdotte in periodi diversi fra loro e che si applicano a settori molto distanti tra loro.

Tuttavia, la disamina di tali fattispecie "minori", ci aiuta a capire come, nonostante la perdurante assenza di una fattispecie generale di corruzione tra privati, il nostro Legislatore, in più occasioni, si sia accorto della necessità di intervenire per reprimere accordi tra soggetti privati di natura corruttiva, predisponendo apposite disposizioni.

Si darà poi conto dei *primi interventi legislativi* realizzati in Italia per recepire nella nostra normativa gli obblighi d'incriminazione

internazionali e per migliorare il nostro sistema di repressione della corruzione tra privati. Al riguardo, analizzerò, la fattispecie di cui all'art. 2635 c.c., introdotta nel 2002 (col D.lgs. 61/2002), che rappresenterebbe la fattispecie tipica di corruzione tra privati, nonostante che il legislatore non si sia mostrato particolarmente convinto di incriminare tale reato, dal momento che la rubrica di tale norma recita "Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità", confinandola nell'area del codice civile (Libro V, Titolo XI, Capo IV) dedicata alle disposizioni penali in materia di società e consorzi, invece di predisporre un' autonoma disposizione allocata nel codice penale sotto la rubrica "Corruzione tra privati" senza limitarla alla sfera esclusivamente societaria.

Il lavoro proseguirà con l'analisi della recente legge anticorruzione (Legge 190/2012), approvata dopo un decennio esatto dalla riforma del 2002, che inserendosi in un clima sociale alquanto teso, propone una rivisitazione globale dei principali strumenti di contrasto al fenomeno in questione, sia nella Pubblica Amministrazione, che per quel che ci interessa, in ambito privatistico, rimodellando l'art. 2635 c.c., prefiggendosi l'obiettivo di colmare le lacune che presenta il nostro ordinamento.

Naturalmente, allo stato attuale delle cose, non sarà possibile adottare una definitiva presa di posizione, in quanto a seguito della presentazione del d.d.l. S-19, il "cantiere" delle riforme in materia sembra non finire mai.

Infine, il lavoro terminerà dando uno sguardo alle normative sulla lotta alla corruzione tra privati, all'interno di alcuni ordinamenti europei, senza dimenticare il già citato d.d.l. S-19, modificante diverse norme penali e civili all'interno dell'ordinamento italiano.

CAPITOLO PRIMO

LE FONTI INTERNAZIONALI E GLI OBBLIGHI D'INCRIMINAZIONE

1. Azione comune 98/742/GAI, sulla corruzione nel settore privato.

L'emanazione dell'Azione comune è un provvedimento ricollegabile al c.d. “Terzo Pilastro” dell'Unione Europea: la cooperazione in materia di giustizia e affari interni (GAI). L'Azione comune non ha immediata efficacia nell'ordinamento giuridico dello Stato membro, in quanto, il c.d. “Terzo Pilastro”, occupandosi anche di materia penale, nel prevedere atti dotati di immediata efficacia per gli Stati membri avrebbe comportato la perdita del monopolio statale in tale materia.

Pertanto, poiché scopo del “Terzo Pilastro” è quello di favorire la cooperazione e l'integrazione fra i Paesi membri, l'azione comune rappresentava un ottimo compromesso: da un lato, essa aveva carattere prescrittivi, potendo contenere delle misure di natura penale che gli Stati dovevano adottare, ai fini della cooperazione; dall'altro lato, era necessaria l'attuazione da parte dello stesso Stato membro, il quale recepiva il contenuto dell'azione comune tramite una sua fonte nazionale, mantenendo così il proprio monopolio statale in materia penale.

L'Italia ha recepito quest'Azione comune mediante l'inserimento dell'art. 2635 nel codice civile sotto la rubrica “Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità” (ad opera del D.lgs. 61/2002).

L'Azione comune è il primo documento comunitario dedicato alla corruzione tra privati. La conferma di ciò la troviamo leggendo i paragrafi 3 ed 8 del Preambolo: nel primo viene evidenziata, da parte

degli Stati membri, la particolare importanza di combattere la corruzione tra privati a livello internazionale³; nel secondo si indica che l'Azione comune non si riferisce alle forme di corruzione previste nei due Protocolli aggiuntivi alla Convenzione P.I.F. e la Convenzione sulla corruzione dei funzionari⁴. Pertanto appare evidente il suo riferirsi alla corruzione tra privati.

Ai fini della nostra trattazione, ci interessano i primi quattro articoli dei dieci complessivi.

Gli articoli 2 e 3 definiscono, rispettivamente, la corruzione tra privati passiva e attiva. La loro analisi deve avvenire in combinato col disposto di cui all'art. 1, che definisce i concetti di "persona" e di "violazione dei doveri", e col disposto di cui all'art. 4, che contiene delle indicazioni sulle sanzioni che gli stati debbono adottare.

La corruzione passiva nel settore privato è definita, ai sensi del primo comma dell'art. 2, come *"l'atto intenzionale di una persona che, direttamente o per mezzo di terzi, richieda o riceva, nell'esercizio di attività imprenditoriali, vantaggi indebiti di qualsiasi natura, per sé stesso o per un terzo, o accetti la promessa di tali vantaggi, in cambio di realizzare o astenersi dal realizzare un atto violando i suoi obblighi"*⁵. Il concetto di "persona" è da intendersi, secondo l'art. 1, come *"qualsiasi dipendente o altra persona nel momento in cui svolga funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per o per conto di una persona fisica o giuridica operante nel settore privato"*⁶, per cui soggetti attivi del reato sono dipendenti o persone che svolgono

³ "Whereas the Member States attach particular importance to combating corruption in the private sector or an inter-national level".

⁴ "Whereas this Joint Action is not aimed at corruption already covered by the instruments referred to".

⁵ "For the purposes of this Joint Action, the deliberate action of a person who, in the course of his business activities, directly or through an intermediary, requests or receives an undue advantage of any kind whatsoever, or accepts the promise of such an advantage, for himself or for a third party, for him to perform or refrain from performing an act, in breach of his duties, shall constitute passive corruption in the private sector".

⁶ "Person" means any employee or other person when directing or working in any capacity for or on behalf of a natural or legal person operating in the private sector".

funzioni direttive o lavorative per un'impresa che operi nel settore privato. La condotta consiste, come è immaginabile, nel richiedere o ricevere vantaggi indebiti, od accettarne anche solo la promessa. L'utilità può essere rivolta al corrotto o ad un terzo. Di conseguenza, in cambio del ricevimento dell'utilità, il corrotto commetterà o si asterrà dal compiere qualcosa, in violazione dei suoi doveri.

Per quanto concerne il significato da attribuire alla "violazione dei doveri", viene sostanzialmente effettuato un rinvio al diritto nazionale⁷. Tuttavia, affinché vi sia un denominatore comune, l'art. 1 raccomanda che, in ogni caso, la nozione di "violazione" copra quei comportamenti sleali che costituiscono violazioni di obbligazioni legali o, se del caso, violazioni di normative professionali applicabili nell'ambito dell'attività professionale di una "persona", come definita dallo stesso articolo 1.

Per quanto riguarda la natura del vantaggio, esso può anche non avere un carattere economico o finanziario; essenziale è che esso riesca a migliorare la posizione del suo destinatario. Ovviamente, il vantaggio deve essere indebito: ossia consistere in tutto ciò che il dipendente non potrebbe ricevere od accettare e che sia derivante dalla violazione degli obblighi cui è tenuto ad osservare. Tali obblighi troverebbero la loro fonte anche nel contratto di lavoro stipulato dall'agente con il suo datore di lavoro, oltre alle disposizioni di legge richiamate dallo stesso contratto. A ciò si aggiunga la disciplina contenuta negli eventuali codici di condotta, di cui l'impresa si dota, per regolamentare l'operato dei suoi dipendenti⁸. Il concetto di "indebito" (con riferimento al vantaggio) è da collegare sia alla violazione degli obblighi contrattuali,

⁷ "Breach of duty" shall be understood in accordance with national law. The concept of breach of duty in national law should cover as a minimum any disloyal behaviour constituting a breach of a statutory duty, or, as the case may be, a breach of professional regulations or instructions, which apply within the business of a person as defined in the first indent".

⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI J.L.- BLANCO CORSERO I., *La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sopranazionali e di diritto comparato*, in Acquaroli R.- Foffani L. (a cura di), Milano, 2003, p. 46.

sia alla violazione dei rapporti di lealtà e fiducia (*in breach of his duty*) che lega l'agente al suo superiore.

A livello di colpevolezza, è richiesto il requisito del dolo: l'avverbio *intentionally* non lascia spazio ad altre interpretazioni. L'elemento intenzionale deve riguardare tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, compreso il risultato, ovvero l'atto da compiere o da non compiere, in funzione della richiesta del corruttore.

L'articolo 3 definisce, invece, il reato di corruzione attiva⁹, ossia *“l'azione intenzionale di colui che promette, offre, o dà, direttamente o per mezzo di terzi, un vantaggio indebito di qualsiasi natura ad una persona, per questi o per un terzo, nell'esercizio delle attività imprenditoriali di tale persona, affinché questa realizzi o si astenga dal realizzare un atto violando i propri obblighi”*.

Entrambi gli articoli delimitano, allo stesso modo della Convenzione penale contro la corruzione del Consiglio d'Europa, l'applicazione della corruzione tra privati all'ambito delle attività imprenditoriali aventi scopo lucrativo¹⁰.

Accanto alle tipizzazioni della corruzione tra privati attiva e passiva, dall'esame dell'articolato dell'Azione comune emerge un altro importante contributo: lo specifico bene giuridico da tutelare.

Esso consiste nella tutela della concorrenza del mercato. Nel paragrafo numero 10 del preambolo, si dichiara che la corruzione, intesa nella sua forma tra soggetti privati, distorce la leale competizione e mina i principi di apertura e libertà dei mercati ed in particolare il delicato

⁹ “ *For the purposes of this Joint Action, the deliberate action of whosoever promises, offers or gives, directly or through an intermediary, an undue advantage of any kind whatsoever to a person, for himself or for a third party, in the course of the business activities of that person in order that the person should perform or refrain from performing an act, in breach of his duties, shall constitute active corruption in the private sector*”.

¹⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI J.L.- BLANCO CORSERO I., *op. cit.*, p. 54.

funzionamento del mercato interno, ed anche la trasparenza e l'apertura al mercato internazionale¹¹.

A corroborare tutto ciò intervengono i secondi commi degli articoli 2 e 3, i quali vanno letti assieme all'articolo 4. Quest'ultimo prescrive che gli Stati, nell'incriminare le condotte di corruzione privata attiva e passiva – oltre che di istigazione e favoreggiamento -, devono adottare pene che siano effettive, dissuasive e proporzionate, potendo giungere, nei casi più gravi, anche a misure privative della libertà personale. Il secondo comma dell'articolo 4 stabilisce che gli Stati possono, tuttavia, decidere di non rendere penalmente sanzionabili tutte le forme di corruzione tra privati, potendo ricorrere, per i casi di minore gravità, a sanzioni di tipo diverso¹². Tuttavia, i commi secondi degli articoli 2 e 3, impongono di sanzionare penalmente l'ipotesi di corruzione tra privati che *“comporti o possa comportare una distorsione della concorrenza, quantomeno nell'ambito del mercato comune, e che causi o possa causare pregiudizi economici a terzi dovuti all'aggiudicazione o esecuzione irregolare di un contratto”*¹³.

Nel 1999, lo strumento dell'azione comune è stato eliminato, in quanto il Titolo VI del Trattato di Maastricht del 1992, che lo disciplinava, è stato riformato dal Trattato di Amsterdam del 1997. Quest'ultimo, ha riformato gli strumenti giuridici utilizzabili nell'ambito del c.d. “Terzo Pilastro”, sostituendo all'Azione comune, due nuovi strumenti: la Decisione e la Decisione quadro.

¹¹ “Whereas corruption distorts fair competition and under-mines the principles of openness and freedom of markets, and in particular the smooth functioning of the internal market, and also militates against transparency and open-ness in international trade”.

¹² “However, for minor cases of active or passive corruption, in the private sector, a Member State may provide for penalties of a different kind from those referred to in paragraph 1”.

¹³ “These measures shall at least cover such conduct which involves, or could involve, the distortion of competition, as a minimum within the common market, and which results, or might result, in economic damage to others by the improper award or improper execution of a contract”.

2. Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa (27 Gennaio 1999).

“La corruzione rappresenta una minaccia per lo Stato di diritto, la democrazia e i diritti dell'uomo, mina i principi di buon governo, di equità e di giustizia sociale, falsa la concorrenza, ostacola lo sviluppo economico e mette in pericolo la stabilità delle istituzioni democratiche e i fondamenti morali della società”: questo si legge nel preambolo della *Convenzione penale sulla corruzione*, conclusa a Strasburgo il 17 Gennaio 1999. Essa, nata nell'ambito del Consiglio d'Europa, si presentò come il più completo strumento di lotta alla corruzione mai approvato: al di là del riconoscimento di un numero elevato di beni giuridici necessitanti di protezione, la Convenzione colpisce per la varietà di fattispecie da incriminare individuate, che spaziano dalla corruzione nel settore pubblico a quella nel settore privato, da quella domestica a quella di agenti stranieri, fino all'incriminazione del traffico d'influenza, vincolando gli stati firmatari ad adottare sanzioni penali anche in riferimento a fatti solamente collegati con la corruzione, come il riciclaggio ed i reati contabili, e a prevedere forme di responsabilità per le persone giuridiche.

Tutta la disciplina dell'incriminazione delle varie ipotesi di corruzione è fondata sugli articoli 2 e 3, i quali delineano le due fattispecie fondamentali di corruzione attiva e passiva, che saranno la base per tutte le successive disposizioni, nelle quali, rimanendo inalterati gli elementi, cambieranno solo i soggetti qualificati del reato.

A tal proposito, ai fini del nostro lavoro, interessano gli articoli 7 e 8. Il primo disciplina la corruzione attiva: gli Stati aderenti vengono invitati a sanzionare il fatto “*commesso intenzionalmente, nell'ambito di un'attività commerciale, (...) di promettere, offrire o dare, direttamente o indirettamente, qualsiasi vantaggio indebito ad una persona che dirige o lavora in un ente del settore privato, per sé stesso*”

o per un terzo, affinché realizzi o si astenga dal realizzare un atto che violi i suoi doveri”¹⁴.

Analogamente, l’art. 8, disciplina la corruzione privata nella sua forma passiva. In tal caso, si reprime il fatto *“di sollecitare o di ricevere un vantaggio indebito, da parte di una persona che è dipendente o dirigente di un’entità del settore privato, direttamente o indirettamente, o per mezzo di terzi, o di accettarne l’offerta o la promessa, per sé stesso o per un terzo, per realizzare o astenersi dal realizzare un atto che violi i propri doveri”¹⁵.*

Come vedremo in seguito, analizzando la Convenzione di Merida, i due articoli suddetti sono sostanzialmente uguali alla formulazione dell’art. 21 di tale convenzione. In entrambe le Convenzioni viene riproposto lo schema della corruzione antecedente.

Pertanto dall’analisi degli articoli 7 e 8 della Convenzione del Consiglio d’Europa, possiamo ricavare come il campo d’applicazione della corruzione privata sia quello delle attività commerciali, intese come qualsiasi tipo di attività mercantile, quali la produzione e la messa in commercio di beni o servizi, compresi anche quelli somministrati al pubblico. Sono state escluse dal novero dei soggetti passivi, le organizzazioni senza scopo di lucro (come le organizzazioni non governative)¹⁶.

Per quanto riguarda i soggetti attivi, la Convenzione ricomprende, all’art. 7, che possa essere qualsiasi persona, che agisca a qualunque

¹⁴ *“Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally in the course of business activity, the promoting, offering or giving, directly or indirectly, of any undue advantage to any persons who direct or work for, in any capacity, private sector entities, for themselves or for anyone else, for them to act, or refrain from acting, in breach of their duties”.*

¹⁵ *“Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, in the course of business activity, the request or receipt, directly or indirectly, by any persons who direct or work for, in any capacity, private sector entities, of any undue advantage or the promise thereof for themselves or for anyone else, or the acceptance of an offer or a promise of such an advantage, to act or refrain from acting in breach of their duties”.*

¹⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI J.L. – BLANCO CORSERO I., *op. cit.*, p. 46.

titolo (può essere un privato cittadino, un imprenditore, addirittura un funzionario pubblico, il che creerebbe problemi di coordinamento con quelle disposizioni, che nel nostro ordinamento, disciplinano gli abusi del funzionario pubblico, come il reato di concussione). Destinatario dell'offerta, della dazione o della promessa corruttiva può essere qualsiasi soggetto che si trovi in una relazione contrattuale con l'impresa o con l'imprenditore: pertanto, sia un dipendente (operaio, impiegato e dirigente) sia soggetti non legati all'impresa da vincoli di dipendenza (si pensi al membro del consiglio d'amministrazione), e persino professionisti legati da contratti d'opera intellettuale (consulenti o agenti di commercio)¹⁷.

Nel caso, invece, della corruzione passiva, la situazione è speculare: soggetti attivi del reato sono coloro che, nella fattispecie dell'art. 7, ricoprono la veste di destinatari della dazione, dell'offerta o della promessa di corruzione.

Tuttavia, non è escluso che il reato possa essere commesso anche da una persona giuridica, nel qual caso, ferma restando la responsabilità penale della persona /e fisica/e, l'art. 18 prevede apposite sanzioni per la persona giuridica.

Per quanto concerne la definizione dell'elemento soggettivo ed il concetto di "vantaggio indebito", si rinvia a quanto detto precedentemente analizzando l'Azione comune 98/742/GAI.

Le condotte attive consistono nella dazione, nella promessa e nell'offerta. *L'Explanatory Report* specifica che la promessa consiste nella disponibilità del corruttore a fornire una futura utilità o a determinarne l'entità, mentre l'offerta comprenderebbe situazioni in cui l'*extraneus* è disponibile ad attribuire il vantaggio indebito in qualsiasi momento.

Il vantaggio può essere attribuito sia al corrotto sia ad un'altra persona: in quest'ultimo caso il corrotto deve essere a conoscenza del fatto che

¹⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI J.L. – BLANCO CORSERO I., *op. cit.*, p. 48.

il terzo riceverà l'utilità a patto che egli commetta la violazione o l'omissione richiesta.

Infine, la Convenzione in esame, non fornisce un grande aiuto nell'individuazione del bene giuridico da tutelare. Come è stato fatto notare, vengono citate tutte le funzioni che tale reato potrebbe ledere: tutela della concorrenza, protezione del corretto svolgimento dei processi di privatizzazione, tutela del rapporto di fedeltà che deve legare l'agente al datore di lavoro, fedeltà che si può intendere anche come semplice rispetto degli accordi contrattuali.

3. Decisione quadro 2003/568/GAI, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato.

Nonostante la modifica apportata dal Trattato di Amsterdam, il principio di funzionamento della decisione quadro non è diverso da quello della precedente Azione comune: essa è vincolante per gli Stati membri solo per il risultato, restando quest'ultimi liberi nella scelta dei mezzi da utilizzare.

L'emanazione di questo provvedimento è un segnale dell'aumentato interesse dell'Unione Europea nella lotta alla corruzione tra privati: basti pensare che già l'Azione comune del 1998 prevedeva, all'art. 8 comma 2, che sarebbero state adottate, entro tre anni dalla sua entrata in vigore, ulteriori mezzi di contrasto alla corruzione. Altro rilevante indizio, è stata la Decisione quadro 2002/584/GAI, che ha rafforzato la cooperazione giudiziaria fra Stati membri tramite l'istituzione del mandato d'arresto europeo: l'art. 2 di detta decisione quadro elenca dei reati che danno luogo alla consegna, senza la preliminare verifica della doppia incriminazione. In tale elenco compare anche la corruzione che, non essendo accompagnata da alcuna specificazione, dovrebbe

intendersi in senso ampio, come comprensiva pure di quella tra privati¹⁸.

I reati di corruzione attiva e passiva sono disciplinati, rispettivamente, alla lettera a)¹⁹ e b)²⁰ del comma 1 dell'art. 2. Non vi sono state alcune modifiche rispetto al contenuto degli articoli 2 e 3 dell'Azione comune, salvo una diversa formulazione letterale, ed un intero articolo, il numero 3, dedicato all'estensione della responsabilità per l'istigatore o per il favoreggiatore di tali reati.

Le novità rilevanti sono essenzialmente due: l'ambito di applicazione e la tipologia di sanzioni da comminare.

L'art. 2 comma 2 dispone che, i reati di cui al comma 1, possano essere commessi anche nell'ambito di attività professionali svolte senza scopo di lucro; perciò, la Decisione quadro garantirebbe tutela non solo al mondo dell'imprenditoria, ma anche a quello delle associazioni, delle onlus, dei soggetti che agiscono privi di uno scopo lucrativo.

Quanto alle sanzioni, l'art. 4 della Decisione quadro del 2003 conferma le caratteristiche già previste dall'Azione comune del 1998: esse devono essere effettive, proporzionate e dissuasive. Per di più, viene limitata la libertà degli Stati membri nello scegliere la misura delle pene edittali: l'art. 4 comma 2 prescrive che le sanzioni penali devono prevedere la limitazione della libertà personale nel massimo tra 1 e 3 anni, e il terzo comma dello stesso articolo prescrive che devono essere adottate anche delle misure interdittive. L'interdizione temporanea deve essere adottata per le persone fisiche, che riportino una condanna per i reati di corruzione attiva e passiva, che occupino

¹⁸ E' di questo parere, ZANNOTTI R., *La corruzione privata: una previsione utile nel nostro ordinamento? Riflessioni su un dibattito in corso*, in *Ind. Pen.*, 2005, p. 530 ss.

¹⁹ "Promising, offering or giving, directly or through an intermediary, to a person who in any capacity directs or works for a private-sector entity an undue advantage of any kind, for that person or for a third party, in order that person should perform or refrain from performing any act, in beach of that person's dutie".

²⁰ "Directly or through an intermediary, requesting or receiving an undue advantage of any kind, or accepting the promise of such an advantage, for oneself or for a third party, while in any capacity directing or working for a private-sector entity, in order to perform or refrain from performing any act, in beach of one's dutie".

perlomeno un ruolo dirigenziale nella società in cui operino: tale interdizione deve riguardare lo svolgimento della medesima attività commerciale o altra affine, nella stessa posizione o qualità. L'applicazione di tale misura è subordinata al riscontro della sussistenza di un chiaro rischio d'abuso d'ufficio o di posizione dovuto al reato di corruzione attiva o passiva²¹.

Per quanto riguarda l'individuazione del bene giuridico da tutelare, viene confermato quanto affermato nell'Azione comune del 1998: la concorrenza nel mercato.

Pertanto, l'Unione Europea ha effettuato una scelta ben precisa e ancora più marcata rispetto all'Azione comune precedente: punire la corruzione tra privati in quanto fenomeno criminale capace di comportare distorsioni della concorrenza nell'acquisto di beni o servizi commerciali.

Ad un livello solamente secondario viene tutelato il rapporto contrattuale, e dunque di fedeltà, che lega il corrotto al suo principale.

Per altro verso, la Decisione quadro, non punisce la corruzione tra privati al fine di tutelare il patrimonio dell'impresa coinvolta nella vicenda corruttiva: non vi è alcun riferimento ad una lesione degli interessi patrimoniali societari, né di qualsiasi altro soggetto coinvolto. Così come l'Azione comune, prima, anche la Decisione quadro si incentra esclusivamente sulla tutela della concorrenza tra le imprese.

D'altro canto, lo stesso articolo 41 della Costituzione italiana, nel riconoscere il diritto d'iniziativa economica privata, fissa il limite dell'utilità sociale: è chiaro che un'attività economica che si realizzi

²¹ *"Each Member State shall take the necessary measures in accordance with its constitutional rules and principles to censure that where a natural person in relation to a certain business activity has been convicted of the conduct referred to in Article 2, that person may, where appropriate, at least in cases where he or she had a leading position in a company within the business concerned, be temporarily prohibited from carrying on this particular or comparable business activity in a similar position or capacity, if the facts established give reason to believe there to be a clear risk of abuse of position or of office by active or passive corruption".*

grazie a prassi corruttive che recano nocumento ai concorrenti non sia affatto in grado di perseguire l'utilità sociale.

Detto ciò, mi chiedo se davvero qualsiasi atto corruttivo intercorrente tra privati possa ledere il bene giuridico della concorrenza tra imprese. Sicuramente le vicende corruttive che coinvolgono grandi gruppi economici possono essere in grado di alterare gli equilibri economici; pertanto, la repressione di tale forma di corruzione non deve essere messa in discussione. La questione è vedere se, qualunque atto corruttivo, possa essere dannoso alla concorrenza, considerato il fatto che, come abbiamo appena visto a livello comunitario, i relativi provvedimenti consentono agli Stati membri di limitare l'intervento repressivo alle sole ipotesi di corruzione tra privati che distorcano o siano in grado di distorcere la concorrenza del mercato.

L'altro aspetto attiene alla valutazione di quegli accordi corruttivi che realmente debbono essere repressi; in altri termini, se non tutti gli accordi corruttivi sono in grado di ledere la concorrenza, chi, e soprattutto con che criterio, potrà stabilire l'idoneità di un tale accordo a ledere la concorrenza? Potrà, forse, il giudice? E' necessario il dolo specifico o il dolo generico?

Ovviamente, così facendo, le condotte penalmente rilevanti, e quindi punibili, si restringerebbero a dismisura, generando un sistema sanzionatorio, nel quale la pena, anziché essere usata come extrema ratio, finirebbe per non essere usata affatto.

Una possibile soluzione, potrebbe essere quella che incentra il baricentro punitivo della corruzione tra privati sul danno patrimoniale inferto all'impresa, e quindi sposare la tesi patrimonialistica, ponendo in secondo piano la tutela della concorrenza.

Vedremo in seguito le soluzioni normative che gli altri Paesi europei hanno adottato al riguardo.

4. Convenzione di Merida delle Nazioni Unite contro la corruzione.

La *Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione* è stata conclusa nel Dicembre 2003 a Merida, in Messico. Le finalità della Convenzione sono sostanzialmente le stesse già analizzate relativamente alla Convenzione penale del Consiglio d'Europa: gli Stati Parte intendono tutelare la “stabilità politica e la sicurezza delle società”, “i valori democratici, i valori etici, la giustizia e lo Stato di diritto”, “lo sviluppo sostenibile e le economie nazionali”; non manca un riferimento ai “nessi esistenti tra la corruzione ed altre forme di criminalità, in particolare la criminalità organizzata e la criminalità economica, compreso il riciclaggio di denaro”²².

La Convenzione ha una portata molto ampia. Le tematiche fondamentali possono essere così riassunte: 1) l'individuazione di misure preventive; 2) la criminalizzazione di diverse fattispecie (titolo III, dove sarà concentrata la nostra attenzione); 3) la cooperazione internazionale; 4) il recupero dei beni.

Detto questo, soffermiamoci sui due articoli più importanti per la nostra trattazione: gli artt. 12 e 21. Il primo contiene misure di prevenzione da adottare nel contrasto alla corruzione nel settore privato; il secondo, invece, incrimina direttamente tale fattispecie.

L'art. 12 elenca una serie di misure di prevenzione che gli Stati aderenti dovrebbero adottare. Tali misure ricomprendono l'adozione di codici di condotta e di prassi corrette da utilizzare nel corso delle trattative commerciali; l'elaborazione di una disciplina che impedisca a pubblici ufficiali di poter entrare negli organi direttivi di società private, se non dopo un apprezzabile lasso di tempo, al fine di evitare che l'ex pubblico ufficiale possa usufruire delle conoscenze acquisite precedentemente per ledere i concorrenti; il miglioramento dei rapporti di collaborazione tra imprese e agenzie di controllo; la previsione di

²² Cfr. *Preambolo* della Convenzione di Merida.

procedure di controllo interno alle società per prevenire eventuali atti di corruzione.

Inoltre lo stesso articolo 12, sollecita l'adozione di misure che possano prevenire la corruzione tra privati, mediante l'innalzamento degli obblighi di trasparenza contabile e di controllo nel settore privato. A tal fine, la Convenzione prescrive l'adozione di sanzioni di diversa natura (civile, penale e amministrativa) che si caratterizzino per l'effettività, proporzionalità e dissuasività²³.

L'art. 21, invece, incrimina la corruzione tra privati nelle sue forme attiva e passiva: il "fatto di promettere, offrire o concedere, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio ad ogni persona che diriga un'entità del settore privato o lavori per tale entità, a qualunque titolo, per sé o per un'altra persona, affinché, in violazione dei propri doveri, essa compia o si astenga dal compiere un atto" (*corruzione attiva nel settore privato*)²⁴ e il "fatto, per qualsiasi persona che diriga un'entità del settore privato o che lavori per tale entità, a qualsiasi titolo, di sollecitare od accettare, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio, per sé o per un'altra persona, al fine di compiere o di astenersi dal compiere un atto in violazione dei propri doveri" (*corruzione passiva nel settore privato*)²⁵. Il campo di applicazione di questa norma è rappresentato dai fatti commessi nell'ambito di attività economiche, finanziarie o commerciali.

Per la corruzione nella sua forma attiva, a livello strutturale, troviamo gli stessi elementi individuati in precedenza: si ha un accordo tra due

²³ "Each State Party shall take measures, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, to prevent corruption involving the private sector, enhance accounting and auditing standards in the private sector and, where appropriate, provide effective, proportionate and dissuasive civil, administrative or criminal penalties for failure to comply with such measures".

²⁴ "The promise, offering or giving, directly or indirectly, of an undue advantage to any person who directs or works, in any capacity, for a private sector entity, for the person himself or herself or for another person, in order that he or she, in breach of his or her duties, act or refrain from acting".

²⁵ "The solicitation or acceptance, directly or indirectly, of an undue advantage by any person who directs or works, in any capacity, for a private sector entity, for the person himself or herself or for another person, in order that he or she, in breach of his or her duties, act or refrain from acting".

soggetti, l'*extraneus* e l'*intraneus*, avente ad oggetto lo scambio di utilità indebita in relazione alla violazione dei doveri posizionali di cui l'*intraneus* è rivestito. Particolarmente degno di menzione appare essere che destinatario della promessa, della dazione o dell'offerta possa essere non solo un soggetto che ricopra posizioni apicali, ma anche il semplice prestatore d'opera²⁶. Sempre a livello strutturale, il patto corruttivo anticipa il comportamento antidoveroso, integrando lo schema di una corruzione antecedente di tipo proprio, in quanto il corrotto agisce in violazione dei suoi obblighi.

Anche nella sua variante passiva, il soggetto può operare nell'impresa a qualunque livello occupazionale.

Tuttavia, l'efficacia dell'art. 21, viene indebolita dal suo preambolo, che consente ad ogni singolo Stato la valutazione sull'opportunità di procedere all'incriminazione di queste condotte.

²⁶ BORLINI L. – MAGRINI P., *La lotta alla corruzione internazionale dall'ambito OCSE alla dimensione ONU*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2007, p. 15 ss.

CAPITOLO SECONDO

LA DISCIPLINA ITALIANA DELLA CORRUZIONE TRA PRIVATI PRIMA DELLA RIFORMA DEL 2002

1. Le fattispecie “minori” di corruzione tra privati: inquadramento sistematico.

Innanzitutto, partirò da quelle fattispecie, denominate “minori”, proprio per il loro limitato campo di applicazione, che impedisce loro di svolgere un ruolo di disposizione generale contro la corruzione tra privati; ruolo che, vedremo in seguito, avrebbe dovuto svolgere l’art. 2635 c.c., introdotto con la riforma del 2002.

Pertanto analizzerò le fattispecie normative presenti nel nostro ordinamento, antecedentemente alla citata riforma del diritto penale societario avvenuta nel 2002.

Si tratta, di fattispecie assai eterogenee tra loro, sparse in tutto l’ordinamento, introdotte in periodi diversi fra loro e che si applicano a settori molto distanti tra loro.

Tali fattispecie riguarderanno la “frode sportiva”, il “mercato di voto” nella procedure concorsuali, il reato di “comparaggio” nella commercializzazione di prodotti farmaceutici, la turbata libertà degli incanti, l’astensione dagli incanti, l’accettazione di compensi illeciti.

2. La “frode sportiva”

Si tratta della frode in competizioni sportive, prevista all’art. 1 della legge 401/1989, intitolata “Interventi nel settore del giuoco e delle

scommesse clandestine e tutela della correttezza nello svolgimento di competizioni agonistiche”.

L’art. 1²⁷ ha segnato il punto d’arrivo di numerosi tentativi da parte del legislatore di colmare una lacuna molto ampia. In mancanza di una tale previsione, per reprimere forme di *combine*, si poteva ricorrere alla fattispecie di cui all’art. 640 c.p. (delitto di truffa).

Peraltro, l’applicazione del 640 c.p. era ammessa solo quando lo svolgimento della competizione sportiva era collegata allo svolgimento di pronostici o di scommesse, perché solo in tali ipotesi era configurabile un danno patrimoniale nella sfera giuridica dello scommettitore.

Per di più risultava alquanto complicato, in sede processuale, provare il nesso causale tra la condotta fraudolenta e l’alterazione del risultato, in particolar modo negli sport di squadra²⁸.

Pertanto, ecco lo scopo del legislatore del 1989: salvaguardare il corretto svolgimento delle competizioni sportive, ma allo stesso tempo le aspettative degli appassionati di sport, senza dimenticare “*colui che muove il tutto*”, ossia gli interessi economici ruotanti intorno all’ambiente sportivo (si pensi agli *sponsor* e al valore economico che un dato risultato può portare all’atleta e alla società tesserante). Precisamente, è “leale” il risultato ottenuto esclusivamente dallo

²⁷ “Chiunque offre o promette denaro o altra utilità o vantaggio a taluno dei partecipanti ad una competizione sportiva organizzata dalle federazioni riconosciute dal CONI (comitato olimpico nazionale italiano), dall’Unione italiana per l’incremento delle razze equine o da altri enti sportivi riconosciuti dallo Stato e dalle associazioni ad esso aderenti, al fine di raggiungere un risultato diverso da quello conseguente al corretto e leale svolgimento della competizione, ovvero compie altri atti fraudolenti volti al medesimo scopo, è punito con la reclusione da un mese ad un anno e con la multa da lire cinquecento mila a lire due milioni. Nei casi di lieve entità si applica la sola pena della multa.

Le stesse pene si applicano al partecipante alla competizione che accetta il danaro o altra utilità o vantaggio, o ne accoglie la promessa.

Se il risultato della competizione è influente ai fini dello svolgimento di concorsi, pronostici e scommesse regolarmente esercitati, i fatti di cui ai commi 1 e 2 sono puniti con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da lire cinque milioni a lire cinquanta milioni”.

²⁸ VIDIRI G., *La frode sportiva: soggetti e condotta nel reato*, in Riv. Dir. Sport., 1992, p. 130.

scontro dei diversi valori agonistici; è “corretto” il risultato realizzato con il rispetto delle regole del gioco²⁹.

Il primo comma elenca due condotte integranti il reato: da un lato, l’offerta di denaro o altra utilità; dall’altro, il compimento di atti fraudolenti. In dottrina si ritiene che tali condotte siano alternative, e che pertanto si sia in presenza di una norma a più fattispecie e non di una disposizione a più norme³⁰.

Soffermandoci solo sulla prima condotta, in quanto attinente con la nostra trattazione, essa ha le sembianze di una vera e propria corruzione tra privati. Soggetto attivo del reato è chiunque offra o prometta denaro o altra utilità a taluno dei partecipanti alla competizione sportiva. Tuttavia, non ogni partecipante ad una competizione sportiva può essere destinatario della dazione illecita, ma solo coloro che prendano parte a competizioni sportive organizzate dal CONI, dall’UNIRE o da altri enti sportivi riconosciuti dallo Stato. Ciò al fine di evitare di creare una fattispecie ricomprendente qualsiasi manifestazione di natura sportiva, che non sia riconducibile sotto il controllo dello Stato; in sostanza vengono tutelate solo quelle manifestazioni che ineriscono all’esercizio di una potestà pubblicistica. Nell’individuazione del corrotto, la dottrina è divisa. Secondo un primo orientamento, quanto alla nozione di “partecipante”, è da ritenere che tale debba essere considerato non soltanto l’atleta che prende direttamente parte alla competizione, ma anche ogni altro soggetto la cui presenza sia indispensabile per lo svolgimento della stessa e, quindi, anche l’arbitro e gli ufficiali di gara.

Tanto più che, per espressa disposizione dell’art. 36, comma 1, del D.P.R. 157/1986, è previsto che essi “partecipino, nella qualifica loro attribuita, allo svolgimento delle manifestazioni sportive per assicurarne la regolarità”. Senza contare, poi, che se la *ratio legis*

²⁹ PADOVANI T., *Commento all’art. 1 l. 13 dicembre 1989, n. 401*, in *Legisl. Pen.*, 1990, p. 95.

³⁰ PADOVANI T., *op. cit.*, p. 94.

(come sembra evidente) è quella di reprimere il fenomeno della corruzione nel settore dello sport, sarebbe incongruo escludere dalla cerchia dei possibili destinatari dell'offesa corruttiva proprio quei soggetti che più facilmente possono influire sull'andamento della competizione o addirittura determinarne il risultato finale. Gli unici destinati a rimanere fuori dal novero dei partecipanti sarebbero quindi dirigenti di società sportive e allenatori corrotti, ma ciò non significa che per questo debbano rimanere impuniti poiché, ove risulti che essi, accettata l'offerta o la promessa, siano illecitamente intervenuti per alterare il risultato della competizione, sarebbero comunque sanzionabili per il compimento di "atti fraudolenti" ai sensi del comma 1 del medesimo art. 1³¹. Altri Autori³², invece, annoverano tra i "partecipanti" anche allenatori, massaggiatori, medici e, in generale, tutti gli addetti a specifiche mansioni direttamente connesse con l'evento agonistico.

Le pene sono le medesime sia per il corruttore che per il corrotto, anche se diverso è il momento consumativo. Per il primo, esso si ha nel momento in cui viene effettuata la promessa o l'offerta; per il secondo, invece, quando si ha l'accettazione ed il conseguente raggiungimento dell'accordo.

A livello sanzionatorio, la pena base (reclusione da un mese ad un anno congiunta alla multa da 258 euro a 1032 euro), può essere diminuita nei casi di lieve entità (solo pena pecuniaria) o incrementata nell'ipotesi di cui al terzo comma. In quest'ultimo caso si applicherà la reclusione da tre mesi a due anni e la multa da 2.582 euro a 25.822 euro se il risultato è influente ai fini dello svolgimento di pronostici,

³¹ T. PADOVANI, *Commento all'art. 1 legge 401/1989, cit.*, p. 94, in TRAVERSI A., *Diritto penale dello sport*, cap. III, Milano, 2001, p.73.

³² A. BOLOGNA, *L'illecito sportivo nella nuova normativa*, in *Riv. Dir. Sport.*, 1990, p. 146; nonché A. LAMBERTI, *La frode sportiva*, Napoli, 1990, p. 213, il quale definisce "partecipante" colui il quale, "attivamente o passivamente, concorra allo svolgimento della competizione agonistica, con comportamenti che abbiano una efficienza causale allo svolgimento della competizione stessa".

concorsi o scommesse. Tale aggravamento è legato al coinvolgimento degli aspetti tipicamente commerciali della manifestazione sportiva³³.

3. Il “mercato di voto”

Il “mercato di voto” è un reato previsto dall’art. 233 della Legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267), che punisce l’illecito accordo che avviene tra il fallito ed il creditore³⁴.

Il bene giuridico tutelato è il corretto svolgimento della procedura concorsuale e la *par condicio creditorum*³⁵.

Il soggetto attivo del reato è il creditore del fallito; tuttavia, viene prevista, anche, la punibilità della controparte, ossia il fallito o chi agisce nel suo interesse.

La condotta prevista consiste in un accordo, col quale il creditore si assicura vantaggi, in cambio dei quali egli si impegna a votare, in un determinato senso piuttosto che in un altro, all’interno del comitato dei creditori.

Il reato è da considerarsi consumato con la stipula dell’accordo, in particolare con la pattuizione del vantaggio, con la conseguente irrilevanza degli atti successivi³⁶. Pertanto, non sarà rilevante, se il voto non sia stato decisivo; se la votazione non si sia tenuta; se il

³³ Secondo il legislatore, il terzo comma rappresenterebbe un’ipotesi autonoma di reato, in quanto vi è una più diretta potenzialità lesiva di interessi di natura pubblicistica. Parte della dottrina (PADOVANI) ha sottolineato come si tratti di una semplice circostanza aggravante ad effetto speciale, dove la menzione di concorsi, pronostici o scommesse fungerebbe da semplice requisito normativo che arricchisce il fatto tipico, che è in tutto e per tutto identico, sia per formulazione sia per nomen juris, a quello contenuto nel primo comma.

³⁴ “Il creditore che stipula col fallito o con altri, nell’interesse del fallito, vantaggi a proprio favore, per dare il voto nel concordato o nelle deliberazioni del comitato dei creditori, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa non inferiore a 103 euro.

La somma o le cose ricevute dal creditore sono confiscate.

La stessa pena si applica al fallito e a chi ha contratto col creditore nell’interesse del fallito”.

³⁵ LA MONICA M., *I reati fallimentari*, II ed., Milano, 1999, p. 530.

³⁶ LA MONICA M., *op. cit.*, p. 531.

creditore abbia votato in modo difforme a quanto stabilito nel *pactum sceleris*; se la deliberazione avesse avuto natura consultiva.

Dalla lettera della norma, sembrerebbe che l'accordo debba intervenire prima della votazione; tuttavia, si ritiene ammissibile, in dottrina, anche nell'ipotesi in cui oggetto dell'accordo sia l'ottenimento della revoca di una precedente votazione.

Quanto all'elemento soggettivo, è necessario il dolo specifico, costituito dallo scopo del creditore di trarre vantaggi a proprio favore.

Presupposto normativo per l'applicazione della fattispecie in esame è l'apertura della procedura fallimentare; tuttavia, attraverso il combinato disposto degli artt. 233, 236, secondo comma, n. 4 e 237 l.f., è possibile una sua applicazione anche all'interno del concordato fallimentare e del concordato preventivo. Rimane fuori dalla sfera di applicazione il concordato stragiudiziale, con la conseguenza che non sarà punibile il patto di preferenza.

4. Il “comparaggio”

Col termine atecnico di “comparaggio” si indica il fatto del medico, del veterinario o del farmacista, di favorire la diffusione di medicinali o prodotti farmaceutici in cambio di denaro o altra utilità.

Il comparaggio è disciplinato dagli artt. 170, 171 e 172 del Testo Unico delle Leggi sulla sanità (r.d. 1265/1934). Il primo articolo si riferisce al medico e al veterinario³⁷, il secondo al farmacista³⁸, il terzo

³⁷ “Il medico o il veterinario che ricevano, per sé o per altri, denaro o altra utilità ovvero ne accettino la promessa, allo scopo di agevolare, con prescrizioni mediche o in qualsiasi altro modo, la diffusione di specialità medicinali o di ogni altro prodotto a uso farmaceutico, è punito con l'arresto fino ad un anno o con l'ammenda da lire duemila a cinquemila.

La pena è sempre dell'arresto in caso di recidiva.

Se il fatto violi pure altre disposizioni di legge, si applicano le relative sanzioni secondo le norme sul concorso dei reati.

La condanna all'arresto importa la sospensione dall'esercizio della professione per un periodo di tempo pari alla durata della pena inflitta”.

estende le pene previste a coloro che hanno effettuato la dazione o la promessa di denaro o altra utilità³⁹.

Come possiamo capire dalla lettura delle relative norme, il reato in questione contiene i requisiti della corruzione tra privati⁴⁰, a seconda della qualifica rivestita, nel caso concreto, dal soggetto corrotto. In sostanza, i soggetti descritti dalle suddette norme non devono rivestire qualifiche pubblicistiche, affinché possa dirsi integrato il reato in questione⁴¹.

³⁸ *“Il farmacista che riceva per sé o per altri denaro o altra utilità ovvero ne accetti la promessa, allo scopo di agevolare in qualsiasi modo la diffusione di specialità medicinali o dei prodotti indicati nell’articolo precedente, a danno di altri prodotti o specialità dei quali abbia pure accettata la vendita è punito con l’arresto fino a un anno e con l’ammenda da euro 206 a euro 516. Se il fatto violi altre disposizioni di legge, si applicano anche le relative sanzioni secondo le norme sul concorso dei reati. La condanna importa la sospensione dall’esercizio della professione per un tempo pari alla durata della pena inflitta. Indipendentemente dall’esercizio dell’azione penale il prefetto può, con decreto, ordinare la chiusura della farmacia per un periodo da uno a tre mesi, e in caso di recidiva pronunciare la decadenza dall’esercizio della farmacia”.*

³⁹ *“Le pene stabilite negli artt. 170 e 171, primo e secondo comma, si applicano anche a carico di chiunque dà o promette al sanitario o al farmacista denaro o altra utilità. Se il fatto sia commesso dai produttori o dai commercianti delle specialità e dei prodotti indicati nei detti articoli, il Ministro della sanità, indipendentemente dall’esercizio dell’azione penale, può ordinare, con decreto, la chiusura dell’officina di produzione e del locale ove viene esercitato il commercio, per un periodo da uno a tre mesi e, in caso di recidiva, ne può disporre la chiusura definitiva. Il Ministro può, inoltre revocare la registrazione delle specialità medicinali o l’autorizzazione a preparare o importare per la vendita ogni altro prodotto ad uso farmaceutico”.*

⁴⁰ ZANNOTTI R., *op. cit.*, p. 537.

⁴¹ Cass. Sez. Unite, sent. 11-7-1992, n. 7958 ha precisato che è “pubblico ufficiale” il pubblico dipendente o il privato che, nell’ambito dei poteri di diritto pubblico, può e deve formare e manifestare la volontà della P.A., anche senza investiture formali, ovvero eserciti poteri autoritativi, deliberativi o certificativi, considerati distintamente. La Suprema Corte ha, altresì, precisato che, ai fini della nozione di pubblico ufficiale, non rileva il rapporto di dipendenza del soggetto rispetto allo Stato o ad altro ente pubblico, ma è richiesto soltanto l’esercizio effettivo di una pubblica funzione (Cass. 5-3-97, n. 2036). Secondo la giurisprudenza sono “incaricati di un pubblico servizio”, coloro i quali, pur agendo nell’ambito di un’attività disciplinata nelle forme della pubblica funzione, mancano dei poteri tipici di questa, purché non svolgano semplici mansioni di ordine, né prestino opera meramente materiale. Il pubblico servizio è dunque attività di carattere intellettuale, caratterizzata, quanto al contenuto, dalla mancanza dei poteri autoritativi e certificativi propri della pubblica funzione, con la quale è solo in rapporto di accessorialità o complementarietà (Cass. Sez. Un. 11-7-1992, n. 7958). Peraltro, si ritiene che la riforma del 1990 abbia operato un ampliamento della nozione di *i.p.s.*, corredandola all’attività concretamente esercitata dall’agente, a prescindere da un rapporto di subordinazione con l’ente pubblico (Cass. 25-1-1995, n. 3809). Sono “*esercenti un servizio di pubblica necessità*”: i privati che esercitano professioni forensi o sanitarie, o altre professioni il cui esercizio sia per legge vietato senza una speciale abilitazione dello

Le disposizioni suddette mirano a tutelare sia interessi di polizia sanitaria (si vuole evitare che vengano adottate prassi contrarie alla correttezza professionale e dannose per il regolare commercio di prodotti farmaceutici), sia interessi individuali (si pensi al malato a cui, il medico corrotto prescrive, oppure l'infedele farmacista, consigliano l'acquisto di un determinato farmaco piuttosto di un altro per torbide ragioni di lucro)⁴².

Per tali ovvie ragioni, oltre a sanzioni di natura affittiva (arresto o ammenda), sono previste anche sanzioni interdittive (sospensione dell'esercizio della professione, la chiusura della farmacia o del luogo di produzione dei farmaci).

Nel caso di cui all'art. 170, la condotta tipica consiste nella ricezione dell'utilità o del denaro oppure nell'accettazione della promessa. In cambio di ciò, il medico o il veterinario, si impegna a favorire l'utilizzo di determinati prodotti farmaceutici, che vengono forniti dal corruttore. Per rispettare l'accordo il medico dovrà, quindi, raccomandare ai suoi pazienti di utilizzare esclusivamente quei particolari prodotti.

Quanto alle modalità di integrazione della condotta, la norma fa prima riferimento alle prescrizioni mediche (lo strumento principale con il quale il medico ordina o consiglia al paziente certi farmaci), per poi utilizzare la clausola di chiusura generale "in qualsiasi altro modo", con il che si trae la conclusione che la menzione delle prescrizioni mediche abbia mero valore esemplificativo⁴³.

Nel caso del comparaggio del farmacista, il fatto tipico si arricchisce di un ulteriore requisito: il farmacista, se accetta la dazione o la promessa di denaro o altra utilità, in cambio dovrà agevolare, in qualsiasi modo,

Stato, quando dell'opera di essi il pubblico sia per legge obbligato a valersi; i privati che, non esercitando una pubblica funzione, né prestando un pubblico servizio, adempiono un servizio dichiarato di pubblica necessità mediante un atto della P.A.

⁴² VENDITTI R., *Comparaggio (voce)*, in *Enc. Dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 1012.

⁴³ MUCCIARELLI F., *Comparaggio (voce)*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 337.

la diffusione dei prodotti medicinali del corruttore a danno di altri prodotti dei quali il farmacista aveva accettato la vendita. Tale precisazione è alquanto importante, in quanto non si avrà integrazione del reato in questione, nel caso in cui il farmacista accetti la dazione o la promessa ma abbia già escluso la vendita del farmaco in concorrenza con quello del corruttore.

Detto ciò, possiamo comprendere la forte somiglianza o l'identità, tra la struttura del reato di corruzione tra privati e quella del comparaggio. Da un lato, le condotte tipiche della corruzione tra privati nelle sue forme attiva e passiva; dall'altro, il nucleo centrale della fattispecie, l'accordo corruttivo, con la stipula del quale coincide il momento consumativo del reato, essendo penalmente irrilevanti i successivi atti a favore del corruttore.

Ne consegue che il reato si struttura come fattispecie di pericolo⁴⁴: necessario è che le modalità adottate dal corrotto siano effettivamente idonee a realizzare l'agevolazione, non essendo necessario che il corruttore sia effettivamente favorito.

Da ciò si differenzia il caso del comparaggio del farmacista, dove si richiede che l'attività di agevolazione sia accompagnata dal danno "di altri prodotti o specialità dei quali il farmacista abbia pure accettato la vendita". Pertanto si tratterebbe di una fattispecie di danno e non di pericolo. Tuttavia, si può immaginare come il danno per il concorrente sia strettamente collegato con l'attività di agevolazione, per cui appare difficile distinguere in modo netto il momento dell'agevolazione con quello del pregiudizio del concorrente. La dottrina è, perciò, concorde nel ritenere che il danno non debba realmente verificarsi, ma, bensì, che il mezzo sia idoneo allo scopo⁴⁵.

Infine, il reato di comparaggio si configura come un reato proprio ma a concorso necessario, visto che a rispondere del fatto sia anche il

⁴⁴ MUCCIARELLI F., *op. cit.*, p. 336.

⁴⁵ MUCCIARELLI F., *op. cit.*, p. 336.

corruttore con le stesse pene previste per il corrotto; ciò costituisce un ulteriore elemento di affinità con la corruzione tra privati.

Il reato è di tipo esclusivamente doloso, a nulla rilevando la sua natura contravvenzionale e la conseguente regola generale di cui all'art. 42, comma quarto c.p., che ricomprende anche la forma colposa; è inimmaginabile che i fatti descritti nell'art. 172 possano compiersi colposamente. Il dolo è *in re ipsa* nelle condotte di accettazione, dazione e di promessa.

Più specificamente, è necessario il dolo specifico, occorrendo che il corrotto agisca anche per il perseguimento della finalità di agevolare il corruttore.

5. Turbativa d'asta

La fattispecie di turbata libertà degli incanti è la prima forma di corruzione tra privati che si rinviene nel nostro codice penale, disciplinata all'art. 353 c.p.⁴⁶.

Molteplici sono i beni giuridici che si ritiene vengano tutelati mediante la previsione di tale reato⁴⁷. Innanzitutto, l'interesse della Pubblica Amministrazione all'organizzazione e alla direzione delle gare pubbliche, per l'aggiudicazione di beni o servizi. In secondo luogo, vi è la libertà di concorrenza economica, ossia che il singolo partecipante ha il diritto a svolgere una regolare gara, in cui la scelta finale per

⁴⁶ “Chiunque, con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di Pubbliche Amministrazioni, ovvero ne allontana gli offerenti è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da euro 103 a 1032.

Se il colpevole è persona preposta dalla legge o dall'Autorità agli incanti o alle licitazioni suddette, la reclusione è da uno a cinque anni e la multa da euro 516 a 2065.

Le pene stabilite in questo articolo si applicano anche nel caso di licitazioni private per conto di privati, dirette da un pubblico ufficiale o da persona legalmente autorizzata; ma sono ridotte alla metà.”

⁴⁷ ROMANO M., Art. 353, in ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubbliciste*, Artt. 336-360 cod. pen., Milano, 1999, p. 188.

l'aggiudicazione dipenda esclusivamente dalla migliore offerta presentata e non da torbidi condizionamenti o collusioni.

Il campo di applicazione della fattispecie è quello delle gare pubbliche. L'art. 353 c.p. ne menziona due: il pubblico incanto e la licitazione privata.

La prima è il c.d. procedimento per asta pubblica, aperta a qualunque soggetto che abbia i requisiti richiesti, e che si articola in diverse fasi: pubblicazione dell'avviso d'asta, selezione, aggiudicazione e stipula del contratto.

La licitazione, invece, è una gara pubblica aperta soltanto ad alcuni concorrenti, ritenuti idonei dalla P.A.

Tali suddette gare pubbliche, non sono, però, le uniche forme esistenti. Molto ricorrente è lo schema dell'appalto, dove le imprese sono invitate a presentare i progetti esecutivi, fra i quali la P.A. effettuerà la scelta⁴⁸.

Sull'estensione dell'art. 353 c.p. anche a questa figura, dottrina e giurisprudenza, pur dividendosi al loro interno in due orientamenti, esprimono giudizio positivo. Secondo l'orientamento che considera l'appalto come una specifica forma di licitazione privata, l'estensione è *in re ipsa*. Per l'orientamento opposto, secondo cui si tratta di un *tertium genus*, l'ammissibilità è garantita dal fatto che scopo dell'art. 353 c.p. sia quello di dare tutela a qualsiasi tipologia di gara pubblica, a condizione che vi sia una qualsivoglia forma di competizione tra i potenziali contraenti. Questa tesi si basa sulla convinzione che il linguaggio adoperato dal Legislatore è atecnico, per cui il riferimento alla licitazione privata ha un significato più esteso, comprendente ogni tipologia di gara in cui sia presente un momento competitivo⁴⁹.

Sulla base di questa interpretazione, si ammette l'applicabilità della fattispecie anche alle c.d. gare di consultazione, ossia procedure

⁴⁸ AMATO G., *Puntualizzazioni giurisprudenziali in tema di turbata libertà degli incanti*, in *Cass. Pen.*, 1999, p. 549.

⁴⁹ ROMANO M., *op. cit.*, p. 192.

amministrative informali in cui la P.A. fa dipendere l'aggiudicazione di opere, forniture o servizi, dall'esito dei contatti avuti con soggetti, persone fisiche o giuridiche, che erano già a conoscenza delle offerte presentate da altri concorrenti. La consapevolezza di non essere da solo, ma di agire in competizione con altri, creerebbe i presupposti per l'applicazione della fattispecie⁵⁰.

Dopo aver delimitato il campo di applicazione, passiamo a vedere perché tale fattispecie può essere ricondotta all'interno della corruzione tra privati.

Quanto alle condotte, il reato può essere commesso da chiunque, sia egli persona estranea, interessata o controinteressata alla gara; si ha un notevole incremento sanzionatorio se autore è un soggetto che ricopre qualifiche pubblicistiche. Si tratta di un reato di evento, per la cui integrazione è necessario che si verifichino, alternativamente, l'impedimento o il turbamento della gara oppure l'allontanamento di uno o più offerenti.

Affinché si realizzino tali eventi, l'autore può tenere una pluralità di condotte estricantesi in violenza o minaccia od anche nell'effettuare dazioni di doni o promesse, collusioni e finanche nell'utilizzo di mezzi fraudolenti.

Le condotte possono essere rivolte sia nei confronti degli altri partecipanti, sia ai pubblici funzionari preposti al corretto svolgimento della gara.

Ai fini della nostra dissertazione, interessano le condotte concernenti collusioni, doni e promesse. Per collusione si intende ogni accordo clandestino volto ad alterare od eludere, anche attraverso il comportamento omissivo di taluno dei partecipanti, diretto ad influire sul normale svolgimento delle offerte⁵¹. E' ben possibile che il soggetto attivo del reato possa accordarsi con un altro concorrente ai fini di falsare la competizione: ad es., un concorrente si impegna a

⁵⁰ AMATO G., *op. cit.*, p. 550.

⁵¹ AMATO G., *op. cit.*, p. 547.

presentare, dolosamente, un'offerta troppo alta, per fare in modo che l'altro venga preferito, ottenendo in cambio una parte della commessa; oppure una parte si impegna ad utilizzare le proprie conoscenze per convincere gli altri concorrenti a ritirarsi dalla competizione.

Da tali condotte si può evincere la piena affinità con il *modus operandi* proprio della corruzione tra privati: accordo, per compiere o astenersi dal compiere determinati atti, dietro il versamento di utilità.

Tuttavia, a differenza dello schema tipico della corruzione tra privati, l'integrazione del reato di turbativa d'asta si avrà non nel momento di perfezionamento dell'accordo, bensì qualora si verifichi uno degli eventi prospettati nella norma, ossia il mancato o irregolare svolgimento della gara e finanche l'allontanamento di uno dei *competitors*.

6. L'astensione dagli incanti

L'altra fattispecie "minore" di corruzione tra privati, presente nel nostro codice penale, è disciplinata dall'art. 354 c.p., rubricata astensione dagli incanti⁵².

La fattispecie costituisce un'ipotesi singolare di concorso mediante fatti omissivi nel delitto di turbata libertà degli incanti, previsto dall'art. 353 c.p., che il legislatore, in deroga alle norme stabilite negli artt. 110 ss. c.p., ha configurato come ipotesi speciale ed autonoma di reato⁵³, per non lasciar dubbi in ordine alla punibilità di una condotta meramente negativa, invece che di collaborazione collusiva con il soggetto attivo, ed al bisogno di punirla con una pena minore di quella comminata per il delitto attivo.

⁵² "Chiunque, per denaro, dato o promesso a lui o ad altri, o per utilità a lui o ad altri data o promessa, si astiene dal concorrere agli incanti o alle licitazioni indicati nell'articolo precedente, è punito con la reclusione sino a sei mesi o con la multa fino a euro 516".

⁵³ RIVERDITI M., *Frodi negli incanti e nelle licitazioni*, in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, volume II, Milano, 2008, p. 449.

Il reato di astensione, in quanto strutturato come reato omissivo proprio, non consente la configurabilità del tentativo.

La condotta incriminata prevede, quindi, la mancata partecipazione alla gara o la decisione di non proseguirla, abbandonandola o rinunciandovi. E' ovvio che la decisione di non partecipare debba essere causalmente dipendente alla promessa o dazione di utilità.

Se, oltre che alla rinuncia a continuare la gara, l'accordo prevedeva anche il compimento di ulteriori atti, allora si ricade nell'art. 353 c.p.

Inoltre, è interessante evidenziare che, se chi offre denaro o altra utilità, non riesca ad ottenere l'astensione dalla gara del destinatario della dazione, risponderà di tentata turbativa d'asta ex art. 353 c.p. e non del più blando reato ex art. 354 c.p.⁵⁴. La stessa conclusione si avrà anche nel caso in cui vi sia stato il trasferimento dell'utilità ma, in seguito, il destinatario della stessa abbia deciso di proseguire la gara; in tal caso, sarà integrato, allo stesso modo, il reato di tentata turbativa d'asta.

7. Compensi illegali

L'ultima fattispecie da analizzare è quella costituita dall'accettazione di compensi illegali. Questo reato ha di recente subito un trasferimento di sede: originariamente era contenuto nell'art. 178⁵⁵ T.U. della Finanza (d.lgs. 58/1998), abrogato dall'art. 40 d.lgs. 39/2010, che ha dato attuazione alla direttiva 2006/43/CE in materia di revisione legale e contabile. L'art. 178 è stato sostituito dall'art. 30 del d.lgs. suddetto;

⁵⁴ ROMANO M., *Art. 354 c.p.*, in ROMANO M., *op. cit.*, p. 205.

⁵⁵ *“Gli amministratori, i soci responsabili della revisione contabile e i dipendenti della società di revisione che percepiscono, direttamente o indirettamente, dalla società assoggettata a revisione contabile, compensi in denaro o in altra forma, oltre quelli legittimamente pattuiti, sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da lire 400000 a lire 2000000.*

La stessa pena si applica agli amministratori, ai dirigenti e ai liquidatori della società assoggettata a revisione contabile che hanno corrisposto il compenso non dovuto”.

tuttavia, il cambiamento di luogo non ha comportato profonde modifiche rispetto alla versione precedente.

Anche nella fattispecie in esame, ritroviamo l'accordo illecito stipulato tra soggetti che, da un lato, compiono attività di revisione contabile, e dall'altro, i soggetti che occupano posizioni apicali all'interno della società revisionata. Sia l'art. 178 TUF che l'art. 30 d.lgs. 39/2010, descrivono, al primo comma, una tipica condotta di corruzione passiva, mentre al secondo comma, una tipica condotta di corruzione attiva.

La condotta di cui al primo comma consiste nella percezione di compensi eccedenti quelli legittimamente pattuiti. La percezione può avvenire direttamente o indirettamente; al riguardo, la dottrina dà un'interpretazione piuttosto ampia, ricomprendendo la percezione qualsiasi attività di ricezione di un bene o di un'utilità da parte dei soggetti attivi⁵⁶. Nell'indicazione di quest'ultimi troviamo una prima differenza tra le due fattispecie: l'art. 178 TUF menzionava gli amministratori, i soci responsabili della revisione contabile ed i dipendenti della società di revisione; l'art. 30 del decreto del 2010 mantiene i dipendenti ed i soci della società ma sostituisce l'espressione "amministratori" con "componenti dell'organo di amministrazione" e contempla anche il "responsabile" della revisione contabile. Quest'ultimo, secondo l'art. 1 d.lgs. 39/2010 è il revisore contabile, persona fisica, o il responsabile dello svolgimento dell'incarico, se revisore è una società di revisione contabile.

Identico è, invece, il testo di cui al secondo comma: autore del reato è l'amministratore, il dirigente o il liquidatore della società assoggettata a revisione contabile che hanno corrisposto il compenso non dovuto. Anche nella nuova formulazione, si applica ai soggetti di cui al secondo comma, le pene previste nel comma precedente. Peraltro, a tal

⁵⁶ SANTORIELLO C., *Le fattispecie penali commesse nell'ambito dell'attività di revisione contabile*, in SANTORIELLO C. (a cura di) *La disciplina penale dell'economia, società, fallimento, finanza*, I, Torino, p. 630.

fine, la riforma del 2010, ha prescritto la pena della reclusione da sei mesi a tre anni e la multa da 1000 a 100000 euro.

Pertanto, la fattispecie in esame, come del resto l'originaria, mira a tutelare il corretto svolgimento dell'attività di revisione contabile ed il fulcro dell'incriminazione consiste nel suo oggetto materiale: quel compenso, eccedente rispetto a quello legittimamente pattuito, dal quale è da presumere uno scorretto operato del revisore. Si tratta di un reato di pericolo presunto, dove la lesione del bene giuridico è prevenuta anticipando molto la soglia di punibilità: precisamente al momento della percezione del compenso eccedente quello pattuito. Come è evidente, tale scelta può far nascere qualche perplessità, in quanto ritenere che il corretto svolgimento dell'attività di revisione possa essere messo in pericolo dalla semplice ricezione di un compenso ulteriore, senza che tale ricezione dipenda dalla violazione di doveri professionali del revisore, equivale a creare una fattispecie di "sospetto". Siccome il soggetto ha percepito più di quanto era stato pattuito, si sospetta che ciò derivi da un rapporto di favore tra controllatore e controllato.

Questa disposizione è da leggere in combinato col disposto di cui all'art. 31 d.lgs. 39/2010⁵⁷, che ha sostituito il vecchio art. 177 TUF (Illeciti rapporti patrimoniali con la società assoggettata a revisione). In sostanza, il testo è rimasto lo stesso: vengono puniti gli amministratori, i soci responsabili della revisione contabile ed i dipendenti della società di revisione che abbiano contratto prestiti, sotto qualsiasi forma, sia direttamente che per interposta persona, nei confronti della società sottoposta a revisione o da una sua controllata o dalla sua controllante. Allo stesso modo, si ha l'integrazione della

⁵⁷ "Gli amministratori, i soci responsabili della revisione contabile ed i dipendenti della società di revisione che contraggono prestiti, sotto qualsiasi forma, sia direttamente che per interposta persona, con la società assoggettata a revisione o con una società che la controlla, o ne è controllata, o si fanno prestare da una di tali società garanzie per debiti propri, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da 206 a 2065 euro".

fattispecie qualora il soggetto attivo abbia ottenuto dagli stessi soggetti una garanzia per debiti propri.

Anche questa fattispecie prevede una considerevole anticipazione della tutela, visto che la consumazione del reato si ha nel momento della contrazione del prestito o della concessione della garanzia.

Strutturalmente si tratta di un reato contratto, al pari dei compensi illegali. L'unica differenza, è che il garante non è punito. Per questo, la mancata punibilità del garante, non ci consente di annoverarla nelle c.d. fattispecie "minori" di corruzione tra privati.

Con l'analisi di tale reato abbiamo esaurito l'esame delle c.d. fattispecie "minori" di corruzione tra privati. Come abbiamo visto, si tratta di reati che hanno un ben delimitato e settoriale campo di applicazione, requisito che il Legislatore ha tentato, come vedremo in seguito, con la riforma del 2002, di correggere, introducendo una disciplina organica ed unitaria, dettata dall'esigenza di razionalizzare il sistema penale societario.

CAPITOLO TERZO

L'ART. 2635 C.C.: ANALISI STRUTTURALE DELLA FATTISPECIE DI "INFEDELTA' A SEGUITO DI DAZIONE O PROMESSA DI UTILITA'" (ANTE L. 190/2012)

1. Premessa

Nel Dicembre 2002, i quindici ministri della giustizia dei paesi aderenti alla Comunità Europea formularono un comune impegno a che entro due anni, fossero adottate, negli stati membri, specifici strumenti normativi di carattere generale finalizzati alla criminalizzazione delle condotte di corruzione nel settore privato, estendendo alle relazioni tra soggetti sprovvisti di peculiari qualifiche lo strumento generale di tutela dell'affidamento, tradizionalmente concepito per la salvaguardia del <<corretto adempimento dei doveri istituzionali da parte dei pubblici funzionari>>, la cui essenza è stata <<colta dal legislatore solo all'interno dell'apparato amministrativo>>⁵⁸.

Si trattava di un indirizzo di politica legislativa che gli organi comunitari caldeggiavano da tempo, e che, come abbiamo visto nel capitolo primo, trovò definitiva accoglienza nella nota Azione Comune del Consiglio d'Europa del 22.12.1998, sulla base dell'assunto che <<la corruzione falsa la concorrenza leale e compromette i principi di apertura e di libertà dei mercati, in particolare il buon funzionamento

⁵⁸ S. SEMINARA, *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, in RIDPP, 1993, p. 974.

del mercato interno, ed è contraria alla trasparenza e all'apertura del commercio internazionale>>⁵⁹.

D'altra parte anche in dottrina si era avvertita una simile esigenza all'esito di una ricostruzione sistematica del fatto corruttivo e dell'apprezzamento del suo significato di disvalore⁶⁰: si era così pervenuti a riconoscere ragioni per cui, <<accanto ad una norma sull'infedeltà patrimoniale, potrebbe collocarsene un'altra fondata sull'accettazione di indebite utilità per il compimento di atti conformi o contrari ai doveri dell'ufficio>> privato svolto⁶¹. Tale simile suggerimento *de lege ferenda* appariva meritevole di accoglimento in considerazione sia del danno derivante all'ente privato, destinato a patire conseguenze negative certe alla propria immagine imprenditoriale, sia di quello che comunque investe la c.d. economia di mercato, la cui credibilità si regge e cade in funzione (anche) della limpidezza dell'agire dei suoi singoli operatori.

D'altra parte, in un mercato che mal sopporta regole improntate a salvaguardarne l'eticità, valori come l'affidamento degli investitori sulla fedeltà al mandato degli organi di gestione e, in una prospettiva più generale, come la fiducia che deve avere la collettività sul significato finalistico degli atti compiuti da determinati organi in nome e per conto di un ente collettivo, rappresentano beni giuridici la cui

⁵⁹ Proprio su tale base l'Azione comune sopra citata, agli artt. 2 e 3, prefigurava l'adozione, da parte degli stati membri, di strumenti normativi per reprimere la corruzione nel settore privato, sia essa attiva che passiva, per i quali comminare sanzioni privative della libertà personale tali da legittimare l'extradizione dell'autore del fatto, nonché la responsabilità della persona giuridica di cui egli rappresenti organo (artt. 4 e 5).

⁶⁰ L'ipotesi *de lege ferenda* di introdurre nel sistema una fattispecie generale di corruzione privata, era stata caldeggiata da C.F. GROSSO, *Il delitto di corruzione tra realtà interpretativa e prospettiva di riforma*, in *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. Stile, Napoli, 1987, p. 358; G. MARINUCCI-M. ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale di abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Il diritto penale delle società commerciali*, a cura di P. Nuvoletti, Milano, 1971, p. 114; C. PEDRAZZI, *Problemi e prospettive del diritto penale dell'impresa pubblica*, in *RIDPP*, 1966, p. 373.

⁶¹ In tal senso S. SEMINARA, *Gli interessi tutelati*, cit., p. 990.

tutela appare irrinunciabile⁶². Ancor più evidente il bisogno di prevenire ogni atto di indebito commercio da parte degli organi della revisione, posto che sul loro giudizio, sulla loro assoluta indipendenza, fanno affidamento tutti gli operatori al fine di poter formulare scelte consapevoli⁶³.

Non è poi un caso che la tutela penale della fedeltà al mandato da parte degli organi di gestione e revisione sia divenuta penalmente rilevante in numerosi paesi europei; ma queste ulteriori esperienze comparatistiche verranno esaminate più avanti.

Non sussistevano dunque dubbi di sorta in merito alla necessità di porre mano al nuovo modello di incriminazione, semmai destinato a ulteriori valutazioni oltre i ristretti confini del diritto penale societario. Non deve così stupire che la norma ora in commento abbia finito di ereditare parte cospicua della propria struttura proprio dalla elaborazione progettuale del nuovo delitto concepita, da una diversa parte politica, nel c.d. Progetto Mirone⁶⁴.

Andiamo adesso ad analizzare la fattispecie di cui all'art. 2635 c.c. nella sua formulazione precedente la riforma del 2012.

Art. 2635 c.c.- Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità.

⁶² MARTINI A., *Commento all'art. 2635 c.c.- Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in *Legislazione penale*, 2003, p. 521.

⁶³ MARTINI A., *cit.*, p. 521; il quale evidenzia come in realtà il nostro sistema normativo conosce già una disposizione che incrimina condotte *latu sensu* corruttive degli amministratori, soci responsabili e dipendenti della società di revisione contabile. L'art. 178 *TuIntFin* prevede infatti che siano puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni, gli organi della revisione che <<percepiscono, direttamente o indirettamente, dalla società assoggettata a revisione contabile compensi in danaro o in altra forma, oltre a quelli legittimamente pattuiti>>. Si tratta di un'ipotesi di corruzione per atto conforme ai doveri d'ufficio, o corruzione propria, che, come meglio emergerà in seguito, crea non poche difficoltà interpretative all'interprete della nuova disposizione.

⁶⁴ L'art. 10 del c.d. *Progetto Mirone*, prevedeva al punto 13 l'introduzione del delitto di <<corruzione, consistente nel fatto degli amministratori, direttori generali, sindaci, liquidatori e responsabili della revisione i quali, a seguito della dazione o della promessa di utilità, compiono od omettono atti in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio, se ne deriva pericolo di nocumento per la società>>.

“Gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari⁶⁵, i sindaci e i liquidatori⁶⁶, i quali, a seguito della dazione o della promessa di utilità, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio, cagionando nocimento alla società, sono puniti con la reclusione sino a tre anni.

La stessa pena si applica a chi dà o promette l'utilità.

La pena è raddoppiata se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58⁶⁷.

Si procede a querela della persona offesa”.

2. I soggetti attivi

La norma identifica i soggetti attivi del delitto a seconda del ruolo rivestito nel contesto della struttura societaria o delle funzioni svolte al servizio di essa.

Si tratta di un reato proprio, dal momento che un terzo *extraneus* alla società, il quale voglia ottenere un trattamento di favore nell'operare con una determinata società commerciale, non potrà rivolgersi a qualsivoglia soggetto, ma dovrà necessariamente interagire con colui il quale, all'interno dell'ente, eserciti un qualche potere.

Il legislatore, a partire dal 2002 sino ad arrivare al 2010, ha operato, però, selettivamente, circoscrivendo la sfera dei soggetti agenti a quelli che ricoprono le posizioni apicali dell'ente societario e a quelli che esercitano le funzioni di controllo.

⁶⁵ Le parole da <<*dirigenti*>> a <<*societari*>>, sono state inserite ex art. 15 L. 262/2005 (*Tutela del risparmio*).

⁶⁶ Le parole <<*e i liquidatori*>> così sostituiscono le precedenti <<*, i liquidatori e i responsabili della revisione*>> ex art. 37 d.lgs. 39/2010 (*Riforma della revisione legale*).

⁶⁷ Comma inserito ex art. 39 L. 262/2005 cit.

Con riferimento agli organi di controllo, si pone, tuttavia, una precisazione, resa necessaria dalla riforma delle società di capitali intervenuta col d.lgs. 6/2003, che ha delineato due modelli di amministrazione e controllo alternativi a quello tradizionale (c.d. sistemi *monistico* e *dualistico*). In tali ultimi modelli, le funzioni di controllo, invece, sono devolute, rispettivamente, al consiglio di sorveglianza e al comitato per il controllo sulla gestione, i cui componenti potranno essere chiamati a rispondere in virtù della espressa equiparazione contenuta nell'art. 223-*septies*, comma 1, del r.d. 318/1942, recante disposizioni per l'attuazione del codice civile e disposizioni transitorie, ai sensi del quale *“se non diversamente disposto, le norme del codice civile che fanno riferimento agli amministratori e ai sindaci trovano applicazione, in quanto compatibili, anche ai componenti del consiglio di gestione e del consiglio di sorveglianza, per le società che abbiano adottato il sistema dualistico, e ai componenti del consiglio di amministrazione e ai componenti del comitato interno per il controllo sulla gestione, per le società che abbiano adottato il sistema monista”*.

Per quanto concerne gli amministratori, invece, è l'art. 2380 c.c. a prevedere che le disposizioni che fanno riferimento ad essi si applichino anche al consiglio di amministrazione del modello monistico ed al consiglio di gestione del sistema dualistico. E' così possibile estendere la responsabilità penale anche ai componenti dell'organo amministrativo diversamente qualificato⁶⁸.

Si deve, poi, segnalare che nel novero dei soggetti attivi devono essere ricompresi non solo coloro che sono formalmente investiti della qualifica o sono titolari della funzione prevista dalla legge, ma anche i soggetti che sono tenuti a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, nonché i soggetti che esercitano in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione, in

⁶⁸ AMATI E., *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in AA.VV., *Reati societari*, a cura di A. Rossi, Torino, 2005, p. 440.

virtù dell'estensione operata dall'art. 2639 c.c. e del conseguente ampliamento della cerchia dei diretti destinatari delle disposizioni penali societarie, che comprende ora non solo i soggetti forniti di investitura formale, ma anche i c.d. *soggetti di fatto*, identificati alla stregua dei parametri della norma sopra citata⁶⁹.

Nel quadro dei soggetti attivi, accanto alle figure qualificate che si sono menzionate (*intranei*), si inseriscono anche coloro che eseguono la dazione o la promessa di utilità (*estranei*), per i quali la norma prevede lo stesso trattamento sanzionatorio. Ciò, peraltro, non implica necessariamente che il corruttore debba essere un *extraneus*, potendo ben trattarsi anche di un soggetto interno alla società: si pensi all'ipotesi dell'amministratore che, per coprire una propria responsabilità, offra denaro all'*intraneus* allo scopo di evitare che quest'ultimo, violando un obbligo del suo ufficio, ometta di rilevare l'errore dell'amministratore, così procurando nocumento alla società⁷⁰.

Parte della dottrina osserva come la fattispecie in esame rientri, così, nell'area dei reati a *concorso necessario*, desumendo tale circostanza dal tenore letterale del secondo comma, nel quale ci si limita ad estendere la punibilità al corruttore, senza operare alcuna autonoma descrizione ulteriore del fatto tipico incriminato, nonché dalla previsione del pari trattamento sanzionatorio⁷¹.

La previsione di tale parallela punibilità per il corruttore *extraneus* metterebbe da parte la qualifica di *reato proprio*, evidenziando quella di reato *plurisoggettivo*. Ma, si osserva, è ovvio che la punibilità del corruttore dipenderà comunque dagli obblighi facenti capo al soggetto *intraneus*, senza i quali la condotta ricadrebbe nel penalmente

⁶⁹ CERQUA L.D., *La corruzione tra privati*, in *La riforma dei reati societari (atti del Seminario, Macerata, 21 marzo 2003)*, a cura di Piergallini, Giuffrè, Milano, 2004, p. 139.

⁷⁰ ZANNOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell'economia*, II ed., Giuffrè, Milano, 2008, p. 305.

⁷¹ In questo senso MUSCO E., *I nuovi reati societari*, III ed., Giuffrè, Milano, 2007, p. 235; ALDROVANDI P., *Art. 2635 c.c.*, in AA.VV., *I nuovi reati societari*, a cura di Lanzi-Cadoppi, Cedam, Padova, 2002, p. 150.

irrelevante⁷². Le condotte speculari del soggetto qualificato che riceve la dazione o la promessa e quella di chi dà o promette l'utilità non costituiscono, comunque, due reati diversi, ma fanno parte dell'unica fattispecie, talchè sarebbe artificioso spingersi fino ad ipotizzare uno sdoppiamento della fattispecie in due distinti reati, l'uno attivo e l'altro passivo⁷³.

La pari punibilità dei corrotti desta, poi, qualche perplessità anche sotto un altro profilo, dal momento che deve osservarsi che si tratta di soggetti che non hanno alcuna relazione qualificata con il bene giuridico. Nella scelta del legislatore sembrerebbe essere prevalsa una considerazione di "economia processuale", per evitare che in ogni processo per il reato in questione, si debba invocare l'istituto della responsabilità da concorso⁷⁴.

L'ultimo rilievo in tema di ricostruzione della fattispecie come reato a concorso necessario, infine, concerne la difficoltà di addivenire all'accertamento di tale reato, visto come in ogni reato di corruzione, i due soggetti del *pactum sceleris* abbiano pari interesse a coprirsi a vicenda⁷⁵. Rispetto alla fattispecie in esame, tale inconveniente è amplificato dall'assenza, giustificata dalla scelta di punire solo i fatti concretamente lesivi di interessi patrimoniali, di una previsione analoga a quella di cui all'art. 322 c.p., che sanziona l'istigazione alla corruzione, permettendo così di colpire solo una delle due parti, nel caso in cui l'accordo non sia raggiunto. Ciò avrebbe potuto fungere da sprone a portare alla luce la proposta corruttiva che non voglia essere seguita dalla conclusione dell'accordo criminale, permettendo a una

⁷² CRISTIANI A., *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in ID., *Commentario di diritto penale delle società e del credito*, Giappichelli, Torino, 2003.

⁷³ MACCARI A.L., *Art. 2635 c.c.*, in AA.VV., *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di F. Giunta, Giappichelli, Torino, 2002, p. 172; ALDROVANDI P., *op. cit.*, p. 150.

⁷⁴ MACCARI A.L., *ibidem*, p. 173.

⁷⁵ FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale, parte speciale*, volume I, IV ed. (ristampa aggiornata al decreto sicurezza d.l. 92/2008), Zanichelli, Bologna, 2008, p. 217 ss.

delle due parti di non essere incriminata, circostanza che l'avrebbe invogliata a denunciare (forse) il fatto di reato.

Non potrà, quindi, assumere alcuna rilevanza penale né la condotta di chi si limiti a richiedere un'utilità (per porre in essere comportamenti in contrasto con i propri obblighi, e idonei a cagionare un nocumento alla società), né quella di chi semplicemente la offra: e ciò neppure ove le stesse si incontrino, dando luogo ad un accordo, se questo non sia seguito da ulteriori atti, ritenuti in concreto sufficienti ad integrare i presupposti di un tentativo punibile ai sensi dell'art. 56 del codice penale (si pensi, ad es., al caso in cui l'accordo è stato raggiunto, la dazione è già avvenuta e il corrotto stia per compiere od omettere l'atto lesivo ma non riesca ad ultimarlo oppure nello stesso caso il corrotto compia od ometta l'atto di sua competenza ma prima che si verifichi il nocumento alla società).

3. Il bene giuridico tutelato

Come si evince dalla Relazione al d.lgs. 61/2002, l'art. 2635 c.c. è posto a tutela esclusiva del *patrimonio* della società. In tale relazione, infatti, si afferma che *“conformemente alla legge delega si orienta la tutela in chiave di protezione del patrimonio sociale, piuttosto che a salvaguardia del solo dovere di fedeltà degli amministratori, trasformando la fattispecie da reato di pericolo a reato di danno e subordinando la procedibilità alla presentazione della querela”*⁷⁶.

A “tradire” questa impostazione sarebbe, quindi, al di là del mutamento del *nomen iuris* che, come si è visto, rivela un certo “appiattimento” della fattispecie di corruzione sulla contigua ipotesi criminosa di infedeltà patrimoniale, la struttura della norma stessa, con la previsione dell'evento di danno e della procedibilità a querela della

⁷⁶ Pubblicata in G.U. 15 Aprile 2002 n. 88, in attuazione della delega ex art. 11 legge 3 Ottobre 2001, n. 366.

persona offesa, che lasciano trapelare l'intento del legislatore della riforma di non occuparsi della protezione di profili di natura pubblicistica, quali l'imparzialità, il buon andamento o la concorrenza tra le imprese.

Bisogna tenere conto, oltretutto, di come tale impostazione politico-criminale fosse già stata battuta con il Progetto Mirone, nel quale l'incriminazione, seppur diversamente strutturata, appariva già chiaramente orientata alla tutela del patrimonio sociale, come dimostrato dalla Relazione di accompagnamento a tale progetto, nella quale ci si proponeva di introdurre *“una innovativa fattispecie di corruzione, che esporta in campo privatistico societario, con gli opportuni adattamenti, (intesi anche ad orientare la fattispecie in chiave di protezione del patrimonio sociale, piuttosto che di un astratto dovere di fedeltà degli amministratori, direttori generali, sindaci, liquidatori e responsabili della revisione) il tradizionale modello punitivo della corruzione propria del pubblico ufficiale”*.

Il dovere di correttezza e l'obbligo di fedeltà, così, non potrebbero assurgere a rango di beni giuridici meritevoli di tutela in quanto rilevanti solo e soltanto quali momenti di disvalore della condotta⁷⁷, ma irrilevanti finché l'offesa non leda il bene-patrimonio, determinando, in tal modo, una perdita di completezza della tutela nel passaggio della fattispecie dal contesto pubblico a quello privato. La previsione della procedibilità a querela, poi, segna il passaggio da un'assoluta indisponibilità ad una totale privatizzazione della tutela, rimessa alla scelta discrezionale del soggetto leso.

Pur essendo ravvisabile, nella *ratio* della norma incriminatrice, l'esigenza di reprimere i fenomeni di *mala gestio* societaria connessi a fenomeni di deviazione dalla corretta considerazione degli interessi della società, non può negarsi come la costruzione della norma faccia sì che il *buon andamento societario* sia destinato a rimanere sullo

⁷⁷ BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e responsabilità penali*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 146.

sfondo, senza mai divenire bene giuridico primario, ma rimanendo comunque *funzionalizzato* alla tutela del patrimonio della società⁷⁸.

Con tale configurazione il legislatore avrebbe optato, quindi, per la tutela di un bene certamente definito, di natura squisitamente privatistica e, di conseguenza, disponibile, come risulta dalla procedibilità a querela di parte⁷⁹ e dal fatto che il *dominus* della situazione patrimoniale ben potrebbe escludere che lo scambio tra l'utilità e l'atto rappresenti un pericolo per i propri interessi e tale da far venire meno l'esistenza dell'offesa penalmente rilevante⁸⁰.

Altra parte della dottrina, tuttavia, propende per una diversa ricostruzione, più ampia, muovendo dalla maggiore estensibilità delle maglie del concetto di "nocumento", che andrebbe oltre la sua ricostruzione in termini puramente patrimoniali. Infatti, partendo dalla significativa assenza di qualsiasi riferimento, nella norma in esame, al requisito della patrimonialità, che incrimina particolari forme di condotte infedeli (e il riferimento esplicito a un *danno patrimoniale* lascerebbe intendere che laddove il legislatore non abbia riprodotto tale formula, lo abbia fatto volutamente in favore di un termine più generico come *nocumento*) si potrebbe individuare il bene giuridico protetto nell'interesse sociale alla *correttezza e fedeltà* degli organi di gestione e controllo e, quindi, nel buon andamento societario che deriva dal rispetto dei doveri d'ufficio da parte dei soggetti agenti.

Tale ricostruzione, tuttavia, se correttamente intesa, si assume scevra da ogni connotazione pubblicistica dell'oggettività giuridica, rimarcandosi la piena disponibilità del bene giuridico, come

⁷⁸ Così MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit., p. 238.

⁷⁹ ZANNOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell'economia*, II ed., Giuffrè, Milano, 2008, p. 304; e, nello stesso senso concludono MASULLO M.N., *Art. 2635 c.c.*, in *Le fonti del diritto italiano, Leggi penali d'udienza*, cit., p. 2470; SANTORIELLO C., *Il nuovo diritto penale delle società*, UTET, Torino, 2003, p. 273; MILITELLO V., *Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro diritto societario*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 2000, p. 918.

⁸⁰ MILITELLO V., *I reati di infedeltà*, in *Diritto penale e processo*, 2002, p. 705.

confermato, anche qui, dalla previsione della procedibilità a querela della persona offesa (la società stessa)⁸¹.

Taluno si spinge addirittura a parlare di *correttezza funzionale o contrattuale* del soggetto attivo nei confronti della società, cui lo stesso è tenuto deontologicamente e giuridicamente ad attivarsi in “senso economico corretto e non inquinato da interessi in conflitto”⁸². Alla luce di tale ricostruzione il bene “mediato” sarebbe quello costituito dall’esigenza, essenziale per la vita societaria, di evitare atti di gestione che possono arrecarle un nocumento: si precisa, comunque, che, tali diverse interpretazioni del bene giuridico tutelato derivino⁸³ dall’aver attribuito rilevanza penale, nell’ambito di attività privatistiche, a condotte il cui oggetto giuridico, visto dalla prospettiva delle “ragioni dell’incriminazione”, ha il suo *humus* naturale nel diritto pubblico. L’evidente conseguenza è che gli elementi che sarebbero di per sé idonei e sufficienti ad attribuire rilevanza penale ad un soggetto pubblico che si renda protagonista di vicende corruttive, non basterebbero per un precetto giuridicamente modellato al settore privatistico, senza l’apporto integratore di ulteriori elementi che manifestino la giustificazione dell’incriminazione delle presenti condotte. Tutto ciò giustifica il rilievo che, mentre per far assurgere rilevanza penale a condotte corruttive nella P.A. è sufficiente il mero pericolo, nel campo delle attività privatistiche la reazione punitiva richiede che dal comportamento corrotto sia derivato un effettivo nocumento, coerente con la ricostruzione del bene giuridico in chiave prettamente patrimoniale.

⁸¹ CERQUA L.D., *La corruzione tra privati*, in *La riforma dei reati societari*, cit., p. 151; nello stesso senso DI AMATO A., *Diritto penale dell’impresa*, V ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 179.

⁸² CRISTIANI A., *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in ID., *Commentario di diritto penale delle società e del credito*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 181.

⁸³ CRISTIANI A., *ibidem*.

4. La condotta incriminata

La struttura della fattispecie descritta dall'art. 2635 c.c. è quella di un reato *plurisoggettivo*, caratterizzato da due condotte speculari: quella dell'*intraneus*, soggetto qualificato, che percepisce l'utilità o ne riceve la promessa e, a seguito e a causa di ciò, pone in essere (od omette) un atto contrastante con i doveri del suo ufficio, provocando un nocumento alla società; e quella dell'*extraneus*, soggetto non qualificato, che dà o promette.

Il legislatore ha, quindi, chiaramente delineato un modello di *corruzione propria* (tale è quella che si concreta nella commissione-omissione di un atto *contrario* ai doveri d'ufficio) *antecedente* (in cui la dazione o promessa avvengono *prima* della commissione-omissione del fatto tipico previsto dalla norma), di molto somigliante al modello di corruzione in via di affermazione a livello europeo, quantomeno nell'ambito del c.d. "terzo pilastro". Un simile disegno sembrerebbe, tra le altre cose, essere coerente con la ricostruzione del bene giuridico in chiave patrimoniale, poiché non avrebbe avuto senso prevedere la punibilità anche di atti *conformi* ai doveri d'ufficio, esulando dall'incriminazione in esame qualsiasi profilo di tutela relativo a interessi quali l'imparzialità o il buon andamento societario. Quindi, a meno che la condotta non integri estremi che la rendano sussumibile nell'orbita punitiva della precedente fattispecie di infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c., la dazione o la promessa, ove si materializzino ad atto già compiuto, non saranno penalmente rilevanti.

Lo schema profilato è, quindi, quello di un *reato con evento di danno* a condotta vincolata. In particolare, la condotta dell'*intraneus* assumerà rilievo solo se raccordata con una serie di fatti successivi, causalmente collegati al verificarsi dell'evento. Tale evento finale, coincidente con la consumazione del reato, non è realizzato, come si può notare, in forma immediata e diretta, bensì mediante un passaggio intermedio. Più precisamente: la dazione o promessa di utilità devono, viziando il

processo motivazionale dell'atto societario, determinare il compimento o l'omissione di quest'ultimo. Da tale commissione-omissione, da ultimo, deve derivare un documento alla società.

A tal fine, converrà analizzare separatamente i tre momenti fondamentali, ma senza perdere di vista il duplice nesso causale che li tiene insieme (il primo tra dazione-promessa e il compimento-omissione dell'atto in violazione degli obblighi inerenti all'ufficio; il secondo tra l'atto-omissione e il documento alla società).

a) La dazione o la promessa di utilità

E' in tale illecita dazione o promessa che risiede il nucleo del reato, che consiste nel realizzare un'indebita compravendita dell'attività del soggetto agente qualificato.

La sequenza del fatto, come emerge dalla norma, ha inizio con la dazione o la promessa di utilità. Nell'*iter criminis*, le due condotte devono cronologicamente precedere il compimento o l'omissione di atti. Come già ricordato, restano al di fuori del raggio punitivo della norma le promesse o le dazioni susseguenti al compimento o all'omissione degli atti da parte dei soggetti intranei qualificati.

Le condotte antecedenti sono scindibili in due segmenti di portata speculare: da un lato il dare o promettere l'utilità da parte dell'*extraneus*, dall'altro il ricevere o accettare la promessa da parte dell'*intraneus*.

Il *pactum sceleris* che s'instaura presupporrebbe, quindi, la consapevolezza, in entrambi i protagonisti della vicenda corruttiva, che la dazione o la promessa di utilità siano il corrispettivo per il compimento-omissione dell'atto contrario ai doveri d'ufficio.

L'accordo può intervenire in qualsiasi modo, risultando indifferente che l'iniziativa venga presa dall'uno o dall'altro, così come risulta indifferente che la conclusione avvenga in modo diretto o mediante il

ricorso ad un intermediario. Ciò che rileva è l'incontro tra le due volontà, non importa se in seguito a dichiarazioni esplicite o a comportamenti concludenti⁸⁴.

E' di decisiva importanza, avuto riguardo al nesso di causalità tra tale dazione o promessa e il compimento-omissione degli atti, che l'attività dell'*extraneus* abbia effettivamente inciso sul processo motivazionale del soggetto qualificato, ponendosi quale antecedente logico dell'azione di quest'ultimo.

Passando, ora, ad analizzare il concetto di utilità, si rileva che parte della dottrina vi fa rientrare, oltre al denaro, *“qualunque attitudine a soddisfare un bisogno umano, tanto un vantaggio materiale quanto immateriale come pure una prestazione di fare o non fare”*⁸⁵. Risulterebbero compresi in tale ampio significato, ad esempio, tanto i compensi in denaro o la cessione di beni o servizi senza corrispettivo o ad un prezzo antieconomico per il cedente, quanto la remissione di un debito o la dilazione di un pagamento, e finanche l'uso gratuito di un'abitazione. In definitiva, ogni sorta di beneficio dato o promesso che sia valutabile come retribuzione del mercimonio illecito⁸⁶.

Si ritiene di poter rinvenire nella stessa tecnica usata nella descrizione del fatto tipico un argomento a supporto di quest'ampia accezione del concetto di utilità solo che si abbia riguardo alla “forza motivante” in ordine al comportamento del ricevente, che agisce proprio “a seguito” della dazione o della promessa di utilità, argomentazione che farebbe risultare frustrante la riduzione della portata del termine.

In altre parole, *“allorché il comportamento illegittimo del soggetto qualificato abbia prodotto una lesione del patrimonio della società,*

⁸⁴ CERQUA L.D., *La corruzione tra privati*, cit., p. 144.

⁸⁵ MACCARI A.L., *Art. 2635 c.c.*, in AA.VV., *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, cit., p. 175.

⁸⁶ Sposano tale ricostruzione ampia del concetto di utilità MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit., p. 237; ALDROVANDI P., *Art. 2635 c.c.*, cit., p. 152; MASULLO M.N., *Art. 2635 c.c.*, cit., p. 2472; AMATI E., *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, cit., p. 441; GIUNTA F., *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, cit., p. 298.

non sembra esservi alcuna ragione per operare una delimitazione nell'ambito delle possibili utilità costituenti la controprestazione del comportamento infedele"⁸⁷.

L'utilità si porrebbe, quindi, in un rapporto di mezzo a fine con il compimento o l'omissione degli atti contrari agli obblighi dell'ufficio. Dal riconoscimento della natura sinallagmatica del rapporto che sta alla base del mercimonio illecito consegue che tra la dazione-promessa e gli atti-omissioni deve sussistere un necessario rapporto di proporzionalità.

Discenderebbe, da ciò, l'irrelevanza di utilità prestate semplicemente *in occasione* di un comportamento infedele dell'*intraneus*: la dizione "a seguito", infatti, rinvierebbe concettualmente alla necessità di un legame causale tra l'utilità e il conseguente compimento-omissione dell'atto, ponendo l'accento sul momento *retributivo* di tale illecito mercimonio, come detto, necessariamente tradotto in termini di *proporzionalità*, conducendo a ritenere atipiche le dazioni o le promesse di modico valore. Se correttamente intesa, quindi, l'espressione "a seguito" non va degradata a semplice indice di prossimità cronologica, ma è sintomatica di una vera e propria efficacia causale della condotta.

Trattandosi, però, come visto, di una "causalità psicologica" potrà accertarsi solo attraverso un procedimento logico di carattere induttivo, che tenga conto di tutte le circostanze del caso concreto, idonee a chiarire le ragioni che si radicano alla base della condotta del soggetto agente⁸⁸.

Quanto alla posizione del beneficiario dell'utilità, ci si avvede dell'assenza di qualsivoglia indicazione proveniente dalla norma. La questione che si pone è se il destinatario della dazione-promessa possa essere solo e soltanto il soggetto che pone in essere la condotta

⁸⁷ ALDROVANDI P., *Art. 2635 c.c.*, in AA.VV., *I nuovi reati societari*, a cura di Lanzi-Cadoppi, Cedam, Padova, 2002, p. 152.

⁸⁸ ALDROVANDI P., *Ibidem*.

incriminata o anche un terzo: in assenza di indicazioni testuali deve propendersi per la configurazione dell'illecito anche qualora sia un soggetto terzo il destinatario dell'utilità, a condizione indefettibile, però, che ne derivi un vantaggio di qualunque tipo per il soggetto agente qualificato, dato che è rispetto a quest'ultimo che s'instaura il rapporto retributivo.

Un ultimo rilievo sul carattere *indebito* dell'utilità: tale requisito, pur non espressamente indicato, deve ritenersi *in re ipsa*, posto che l'utilità viene corrisposta con la finalità di far compiere atti contrari ai doveri d'ufficio. Tale contrarietà, perciò, rivelerebbe il connotato indebito della corresponsione.

b) Il compimento o l'omissione di atti in violazione degli obblighi inerenti all'ufficio

Il secondo "polo" della catena causale è costituito dal compimento o dall'omissione degli atti, che per di più costituiscano violazione di obblighi inerenti all'ufficio, di cui si rende protagonista l'*intraneus*.

E' in ciò che consiste l'oggetto dell'accordo criminoso: l'adempimento dell'illecito mercimonio potrà, pertanto, avvenire con una condotta tanto commissiva, quanto omissiva.

La scelta legislativa è improntata alla massima estensione della tipologia di azioni od omissioni rilevanti, e ciò è comprovato dall'impiego del termine *atti*, cui può ricondursi qualsiasi manifestazione della funzione ricoperta dal soggetto qualificato, compresi i comportamenti meramente materiali.

Da un esame attento dell'accordo criminoso nella sua interezza, si evince che l'obiettivo finale del *pactum sceleris* è costituito dal nocumento alla società: la finalizzazione a tale risultato lesivo, porterebbe ad escludere che i termini concreti delle modalità delle condotte e delle corrispondenti controprestazioni debbano essere

preventivamente individuate o, quantomeno, individuabili. La “scelta tecnica” sulle condotte illecite maggiormente efficaci ed idonee a cagionare nocimento alla società sembrerebbe, pertanto, essere rimessa al soggetto agente qualificato, essendo sufficiente che l’accordo si innesti su una “*generale disponibilità ad un prezzolato agere contra ius finalizzato a cagionare un pregiudizio alla società*”⁸⁹. La norma si preoccupa di precisare che l’atto, sia esso compiuto od omesso, ad opera dei soggetti qualificati, deve essere in “*violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio*”. E’, quindi, preliminare stabilire l’esatta portata di tale espressione, atteso che tale requisito contribuisce a “modellare” la tipicità del fatto di reato.

In dottrina si sono formati due orientamenti: l’uno, maggiormente restrittivo⁹⁰, ritiene che l’espressione debba riferirsi solo alla violazione delle norme aventi ad oggetto obblighi specificamente e puntualmente tipizzati da precetti civilistici, che regolano e disciplinano i singoli doveri dei soggetti qualificati. La sufficiente tassatività di un simile parametro darebbe modo di esprimere una valutazione anche per gli atti *discrezionali*, che connotano maggiormente l’esercizio dell’attività di impresa, consentendo di limitare penetranti intrusioni del diritto penale nella politica imprenditoriale e presentando il pregio di mantenersi coerente con una ricostruzione in termini patrimonialistici dell’oggettività giuridica protetta dalla norma.

Chi sostiene tale impostazione muove dalla considerazione che anche nella corruzione in ambito pubblico la *contrarietà* si commisura con il riferimento “*ai singoli e specifici doveri dell’ufficio*”, per

⁸⁹ MACCARI A.L., *Art. 2635 c.c.*, in AA.VV., *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, cit., p. 176.

⁹⁰ MACCARI A.L., *Ivi.*, p. 177; nello stesso senso MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit., p. 242; GIUNTA F., *Lineamenti di diritto penale dell’economia*, cit., p. 298; Amati E., *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, cit., p. 441; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, leggi complementari I*, cit., p. 272; SANTORIELLO C., *Il nuovo diritto penale delle società*, UTET, Torino, 2003, p. 275.

l'individuazione dei quali è necessario un rinvio alle norme del diritto amministrativo che regolano lo svolgimento dell'attività dell'ufficio. Utilizzando, quindi, lo stesso metodo, *mutatis mutandis*, e attribuendo rilevanza penale solo alla violazione di obblighi tipizzati, si rispetterebbe quella peculiare caratteristica di *extrema ratio* dell'intervento penale.

Un opposto filone dottrinale, invece, ricostruisce la nozione in termini più ampi⁹¹, soffermandosi sulla latitudine dell'espressione e sulla sua asserita suscettibilità a ricomprendere gli obblighi contenuti tanto in fonti scritte quanto non scritte, tanto "cristallizzati" nella legge, in atti negoziali, nello statuto della società, nei regolamenti di qualche Autorità di vigilanza, quanto meramente desunti dalla prassi o afferenti a settori dell'ordinamento diversi da quelli che disciplinano le qualifiche soggettive dei protagonisti della vita societaria. Ciò non necessariamente produrrebbe una "dispersione" verso più generali (e non meglio precisati) doveri di fedeltà, lealtà e correttezza, ma consentirebbe di attribuire rilevanza a condotte pur sempre contrastanti con precetti *positivizzati*, ma non esclusivamente circoscritti all'ambito del diritto civile.

Resterebbero comunque fuori dall'area del penalmente rilevante, anche in tale ultima accezione, le norme etiche o altre regole di corretto comportamento, a meno che non costituiscano l'oggetto di specifici protocolli, istruzioni od ordini interni alla società, la cui accettazione è esplicitamente prevista dagli obblighi contrattuali che legano il soggetto alla società. Non può, peraltro, trascurarsi un altro profilo importante, dato dal raffronto con la corruzione propria del pubblico ufficiale: mentre in campo pubblico il disvalore della condotta si concentra nel ricevimento di un corrispettivo per compiere un atto contrario ai doveri d'ufficio, con la conseguenza che esiste una corrispondenza biunivoca tra la ricostruzione del bene tutelato e quella

⁹¹ ZANNOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., p. 309; ALDROVANDI P., *Art. 2635 c.c.*, cit., p. 152.

della contrarietà ai doveri d'ufficio, nel senso, cioè, che ad un'ampia ricostruzione del primo si associa un altrettanto ampio e generico significato della seconda, nel campo privato il bene e l'offesa dello stesso sono compiutamente delineati dall'evento-nocumento e sono quindi insensibili alla ricostruzione esegetica del concetto di violazione di obblighi inerenti all'ufficio⁹². Il nesso di causalità, richiesto dalla fattispecie, tra condotta e nocumento, chiarisce che proprio quest'ultimo rappresenta la chiave di lettura del primo: lettura che costituirebbe elemento in grado di illuminare il contenuto degli obblighi inerenti all'ufficio, includendo nella risposta sanzionatoria la violazione di ogni obbligo che appaia finalizzato ad assicurare la tutela degli interessi patrimoniali della società, conducendo, così, a sposare l'orientamento proteso a ricostruire la nozione di obblighi in senso più ampio⁹³.

In tale prospettiva potranno assumere rilevanza anche obblighi quale, ad esempio, quello gravante su ogni amministratore, di impedire atti pregiudizievoli, o quello di vigilare sul generale andamento della gestione, ricavabili dall'art. 2392 c.c.

c) Il nocumento alla società

Uno degli aspetti che differenzia la presente fattispecie da quella prevista nel progetto Mirone, come si è avuto modo di ricordare, è la previsione dell'evento di danno, cui è subordinata la punibilità, che prende il posto di una ricostruzione orientata alla punizione del mero pericolo, come era nel predetto progetto.

Per quanto concerne il significato esatto da attribuire al termini "nocumento", bisogna precisare che tale dizione non sembrerebbe derivare da una svista del legislatore della riforma, posto che questi lo

⁹² ALDROVANDI P., *Art. 2635 c.c., cit.*, p. 153.

⁹³ MASULLO M.N., *Art. 2635 c.c., cit.*, p. 2472.

ha sovente utilizzato tanto nel codice penale, quanto nel codice civile, intendendolo non solo come “*compromissione del patrimonio o di un altro specifico diritto soggettivo*”, ma anche come “*qualsiasi effetto nocivo, qualsiasi risultato che interagisca negativamente con la vita, l’efficienza, la credibilità di un ente o di una persona*” o, ancora, con riferimento al delitto di frode contro le industrie nazionali, come “*qualsiasi pregiudizio all’industria nazionale*”, che può ricomprendere sia il danno emergente, sia il lucro cessante, individuabile nel mancato incremento degli affari, o anche nella perdita di prestigio o nell’offuscamento del nome, come effetto di slealtà commerciale. L’intento è quello di accogliere un’accezione più vasta, nella quale rientrerebbero svariati tipi di pregiudizio, non immediatamente coincidenti con un danno patrimoniale, quali il danno d’immagine o alla credibilità dei suoi organi o, ancora, pregiudizi al corretto funzionamento dei meccanismi societari⁹⁴.

L’opposta interpretazione, che opta per una ricostruzione in chiave esclusivamente patrimoniale, sembrerebbe, invece, trovare conforto nella Relazione illustrativa al progetto Mirone, e in quella al d.lgs. 61/2002, nelle quali si rimarca l’intento di protezione del patrimonio sociale, piuttosto che di salvaguardia del solo dovere di fedeltà degli amministratori. Tale ricostruzione riceverebbe conferme ulteriori dall’esame sistematico dell’impianto complessivo della riforma dei reati societari, imperniata saldamente sulla tutela di interessi di natura patrimoniale, e dall’evidente carattere di complementarità della fattispecie in esame rispetto alla contigua norma di infedeltà patrimoniale di cui all’art. 2634 c.c. Proprio in virtù di tali circostanze, si è sottolineato come sarebbe stato opportuno specificare la natura patrimoniale del nocumento al fine di evitare equivoci e sbandamenti

⁹⁴ ZANNOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell’economia*, II ed., Giuffrè, Milano, 2008, p. 310.

interpretativi, che snaturerebbero il profilo delineato dalla norma⁹⁵. Tale preoccupazione ha ragione di essere ove si tenga presente la difficoltà che in concreto si può presentare nella dimostrazione di un effettivo danno patrimoniale patito dalla società. La giurisprudenza potrebbe, così, sentirsi indotta a discutibili operazioni ermeneutiche volte ad espungere l'elemento in parola dalla fattispecie, attraverso un'interpretazione disinvolta del concetto di nocumento, che renderebbe del tutto evanescente l'oggettività giuridica del delitto, in aperto contrasto con le scelte del legislatore⁹⁶.

Per concludere, si è visto come l'interpretazione di tale concetto rivesta decisiva importanza, proprio perché dalla sua esatta comprensione deriva l'inquadramento di altri elementi della fattispecie e la configurazione del delitto stesso, posto che la consumazione del reato coincide con il verificarsi di tale evento lesivo. Non può negarsi che lo scopo tipico delle società sia quello di perseguire un profitto, per cui sarà difficilmente ipotizzabile, nella realtà dei fatti, un danno che non sia, quantomeno, indirettamente economico. Così argomentando si estenderebbe la nozione di nocumento anche alle situazioni di mancato guadagno, ma senza discostarsi da una valutazione alla stregua di indici economici, che salverebbero la norma da possibili censure di indeterminatezza in relazione all'evento del reato, con il conseguente rischio di strumentalizzazione della fattispecie per colpire condotte di soggetti prive di immediata lesività per l'ente societario⁹⁷.

⁹⁵ MILITELLO V., *Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro del diritto societario*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 2000, p. 922.

⁹⁶ Così ALDROVANDI P., *Art. 2635 c.c., cit.*, p. 154; aderiscono ad una concezione prettamente orientata in senso patrimoniale anche MACCARI A.L., *Art. 2635 c.c., cit.*, p. 178; MUSCO E., *I nuovi reati societari, cit.*, p. 240; FOFFANI L., *Le infedeltà, cit.*, p. 345 ss.

⁹⁷ Esprimono queste preoccupazioni MARTINI A., *Art. 2635 c.c.-Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità, cit.*, p. 527; AMATI E., *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità, cit.*, p. 443.

5. L'elemento soggettivo

Sul piano dell'elemento soggettivo il delitto si caratterizza per un *dolo generico*, che implica, sul versante della corruzione passiva, la conoscenza della dazione dell'utilità o della prospettazione della sua promessa, la conoscenza del proprio dovere d'ufficio, la volontà della condotta antidoverosa ed infine previsione e volontà dell'evento di danno. Sul piano della corruzione attiva, risulterà invece necessaria la volontà della condotta nella consapevolezza della natura antidoverosa dell'atto che si intende comperare, oltre alla previsione del possibile danno.

Nulla osta alla possibilità di riconoscere la rilevanza del *dolo eventuale*⁹⁸. Solo per fare un esempio, si pensi al caso in cui il soggetto attivo della corruzione proponga il mercimonio corruttivo accettato dal soggetto passivo in cambio di una falsificazione di un libro sociale o di un'omessa registrazione di transazioni avvenute, limitandosi a prevedere come possibile che dal fatto derivi alla società un danno patrimoniale o il mero nocumento implicito all'apertura di indagini per la contravvenzione di cui all'art. 2621 c.c. In tal caso la consapevolezza dell'illiceità dell'agire ed il nocumento previsto avrebbero dovuto bastare a motivare i protagonisti a desistere dal loro comportamento, cosicché la loro scelta di insistere in esso assume la valenza di una scelta di accettazione del risultato che poi si verifichi.

6. Il tentativo

Il delitto in esame risulta perseguibile anche nella forma del tentativo. Trattandosi di un delitto di evento, il mancato verificarsi del danno che si voleva derivasse all'ente, non potrebbe che far sopravvivere la

⁹⁸ Così MARTINI A., *cit.*, p. 529.

responsabilità per gli autori della corruzione sotto il profilo del tentativo.

Meno immediato il riconoscimento della rilevanza a titolo di delitto tentato della condotta unilaterale del corruttore⁹⁹. Si pensi al fatto di compiere la dazione dell'utilità senza che l'atto antidoveroso ne consegua o si formuli la promessa poi non accolta dal soggetto qualificato. Si tratta di una fenomenologia criminosa che nell'ambito della c.d. corruzione pubblica è espressamente regolato dall'art. 322 c.p., il quale finisce per risolvere il problema della punibilità senza che si debba ricorrere alla clausola generale di incriminazione di cui all'art. 56 c.p.

Mancando una simile disposizione si pone nel nuovo contesto il problema della rilevanza, a titolo di tentativo, di fatti idonei unilaterali, rispetto ai quali sfuma e si perde la stessa riconoscibilità della necessaria plurisoggettività della fattispecie consumata. In realtà, la questione della nuova tipicità del tentativo per tale fattispecie plurisoggettiva crea perplessità forse minori di quante non ne susciti l'ipotesi di mandare impunito un corruttore che avendo posto in essere tutto quanto in suo potere perché il reato venisse a consumazione (un vero e proprio tentativo compiuto) finisca per non conseguire il proprio scopo per la resistente onestà del soggetto qualificato. Né, ad escludere la possibilità di punire simili atti, potrebbe valere un richiamo al disposto dell'art. 115 co. 4 c.p., posto che la dazione o la promessa rappresentano modelli di condotta certo dotati di significato istigatorio, ma pregnanti nella loro specifica materialità¹⁰⁰.

Di decisiva importanza è la risoluzione della questione sull'ammissibilità del tentativo nei reati a struttura bilaterale e, ancor di più, sull'atteggiarsi dei rapporti tra l'istituto del tentativo e quello del concorso di persone. Se si aderisce all'idea che per configurare una

⁹⁹ MARTINI A., *cit.*, p. 530.

¹⁰⁰ Conclude nel senso dell'ammissibilità del tentativo nel caso ipotizzato MACCARI A.L., *op. cit.*, p. 180.

responsabilità a titolo di delitto tentato sia indispensabile che ogni concorrente ponga in essere gli estremi del tentativo punibile, non costituirà tentativo, ma solo un'ipotesi di istigazione non accolta, l'offerta o la promessa di utilità non accettata, così come il caso dell'*intraneus* che proponga all'*extraneus* la conclusione dell'accordo corruttivo, senza ottenere, però, alcuna adesione.

Qualora si argomenti diversamente, si può pervenire a riconoscere la punibilità del tentativo indipendentemente dal riscontro di atti idonei diretti in modo univoco nei contributi prestati da ciascuno dei due protagonisti della vicenda corruttiva, ritenendo configurabile il tentativo nei confronti del soggetto che abbia intrapreso l'iniziativa¹⁰¹; ma così facendo, si negherebbe la stessa conformazione del reato come necessariamente bilaterale o plurisoggettivo, nonché la portata garantista dello stesso art. 115 c.p. che esclude ogni rilevanza al c.d. *tentativo di concorso*.

7. Il regime di procedibilità

Una delle principali novità introdotte dal d.lgs. 61/2002 è stata l'introduzione del regime di procedibilità a querela della persona offesa. Tale regime, originariamente, era previsto al terzo comma dell'art. 2635 c.c.; in seguito alla legge 262/2005 (Tutela del risparmio) che ha introdotto un ulteriore comma, il regime di procedibilità a querela della persona offesa è divenuto l'attuale quarto comma dell'articolo in esame.

Al di là della collocazione, la scelta di rendere perseguibile a querela il reato di infedeltà di cui all'art. 2635 c.c. crea invero qualche difficoltà interpretativa.

In primo luogo deve ricordarsi come, secondo il costante insegnamento della dottrina e della giurisprudenza, il potere di proporre querela in

¹⁰¹ Questa possibilità è contemplata da MASULLO M.N., *Art. 2635 c.c. cit.*, p. 2476.

nome e per conto di un ente collettivo compete al legale rappresentante dell'ente¹⁰², ovvero all'organo di amministrazione, amministratore unico o consiglio di amministrazione, cui è demandato di regola¹⁰³ di esprimere la volontà dell'ente¹⁰⁴.

Ove i reati da giudicare siano condotte ascritte allo stesso organo di gestione, il potere di rappresentanza non può che tornare all'assemblea, cui compete, *ex art. 2393 c.c.*, il potere di intraprendere le azioni di responsabilità nei confronti dell'organo di gestione; tale azione di responsabilità può, a seguito della legge 262/2005 cit., essere promossa anche dal collegio sindacale con deliberazione assunta con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti.

Non è mancato in dottrina chi ha giudicato negativamente l'inserzione della condizione di procedibilità per il reato di corruzione privata, sottolineando come, a fronte di un conclamato danno per l'ente, non possano sussistere ragioni fondanti la scelta contraria rispetto alla proposizione della querela, nella prospettiva di una corretta gestione del bene comune. Considerando poi i ruoli intrecciati che possono assumere i diversi organi, rivestendo a volte i panni della vittima, in altre quelli del corruttore, la procedibilità a querela introduce una complicazione inutile e talvolta un ostacolo quasi insormontabile

¹⁰² *Cass. 19.12.2002, Cambrini*, in *D&G 2003*, p. 103, ha ribadito che la titolarità del diritto di querela per un fatto commesso in danno di una società (nel caso una s.n.c.) compete <<all'organo munito dei poteri di gestione e di rappresentanza secondo le norme legali e statutarie>>.

¹⁰³ Da ricordare come l'art. 337 co. 3 c.p.p., preveda la necessità che l'atto di querela proposto dal legale rappresentante di una persona giuridica di un ente o di una associazione debba contenere l'indicazione specifica della fonte dei poteri di rappresentanza.

¹⁰⁴ In tal senso *Cass. 9.2.1999*, in *CP 2001*, p. 881, ove si legge che <<l'esercizio del diritto di querela rientra tra i compiti del legale rappresentante di una società, senza necessità di specifico mandato. In particolare, ai sensi degli artt. 2384 e 2487 c.c., gli amministratori, che hanno la rappresentanza di una società di capitali, possono compiere tutti gli altri che rientrano nell'oggetto sociale (salve le limitazioni derivanti dalla legge o dall'atto costitutivo); gli stessi possono, dunque, anche curare la presentazione di un atto di querela a tutela dell'immagine della società, trattandosi di attività funzionale al raggiungimento degli scopi sociali>>.

all'attivazione della tutela penale¹⁰⁵. Si pensi al caso in cui la maggioranza assembleare sia portatrice di interessi antagonisti a quelli della minoranza per la cui affermazione preferisca ignorare la rilevanza di condotte di infedeltà commesse dagli organi di gestione designati, se non addirittura al caso in cui la condotta di corruzione sia stata intrapresa dal titolare della maggioranza del capitale sociale. In tutti i tali casi, la società si troverebbe ad agire, in danno ai soci di minoranza, in una condizione che non vede nessuno degli organi deputati titolari del potere di proporre querela. Anche senza immaginare scenari così foschi, è certo che la possibilità di far perseguire il fatto degli organi di gestione risulterà tanto più disagiata quanto più forte sia la maggioranza che sostiene gli stessi, che li ha designati e che per loro tramite gestisce la società. Se poi, poniamo mente al fatto che, fino al d.lgs 39/2010 (Riforma della revisione legale), nell'art. 2635 c.c. vi erano ricompresi anche i responsabili della revisione, poteva ben accadere che fatti commessi dagli stessi organi di revisione venissero taciuti, di modo che la querela rappresentava uno strumento in mano talvolta allo stesso autore del reato di corruzione attiva, che era l'organo di gestione interessato a mascherare le proprie malefatte con la complicità degli stessi organi di controllo.

La scelta in favore della perseguibilità a querela risultava poi del tutto incomprensibile alla luce di un mero raffronto tra il disposto dell'art. 2635 c.c. e l'art. 178 TuIntFin (abrogato dal d.lgs. 39/2010), il quale, come si è già visto, incriminava in sostanza un fatto di corruzione impropria degli organi di revisione, ovvero il fatto di accettare un compenso non dovuto per il mero adempimento ai propri doveri funzionali. La norma, che prevedeva una pena più severa, puniva il fatto per la sua pericolosità, in quanto l'indebito compenso poteva legare il revisore ad una forma di indebita fedeltà a che glielo

¹⁰⁵ MARTINI A., *cit.*, p. 528.

corrispondeva. Tale reato di pericolo, che non implicava la violazione dei doveri del proprio ufficio, risultava infatti perseguibile d'ufficio, laddove la più grave ipotesi di danno, caratterizzata sul piano del disvalore della condotta dalla violazione dei doveri funzionali, era ed è punibile a querela.

Pertanto, non riesce davvero agevole impostare una spiegazione di simili scelte¹⁰⁶, che potrebbero certamente (anche se l'auspicio è diverso) comportare una rara apparizione di tale reato nelle aule giudiziarie, avendo tale regime di procedibilità enormemente ridotto la portata applicativa della norma dal momento che un'ipotesi nata per reprimere condotte anche solo pericolose per il patrimonio sociale, adesso rischia di non colpire neppure le condotte effettivamente dannose per la società¹⁰⁷.

8. L'aggravante del terzo comma

La previsione in esame rappresenta un effetto della politica di inasprimento sanzionatorio voluto dalla legge 262/2005 (*Tutela del risparmio*), comportante la possibilità di irrogare la pena della reclusione fino a sei anni. Trattasi di circostanza ad effetto speciale applicabile nell'ipotesi in cui il fatto è commesso nel contesto di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 TuIntFin (d.lgs. 58/1998). In tal modo il legislatore ha dimostrato una crescente attenzione per l'operato di quelle società che si rivolgono al pubblico risparmio predisponendo un condivisibile inasprimento del trattamento sanzionatorio¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Da segnalare che il *c.d. Progetto Mirone* prevedeva la procedibilità d'ufficio.

¹⁰⁷ Il rilievo è di GULLO A., *Spunti critici in tema di infedeltà patrimoniale a seguito di dazione o promessa di utilità*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2003, p. 450.

¹⁰⁸ MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit., p. 245; MASULLO M.N., *Art. 2635 c.c.*, cit., p. 2474.

9. Il trattamento sanzionatorio e l'esclusione dall'ambito della responsabilità degli enti prevista dal d.lgs. 231/2001

Leggendo la norma in questione, balza subito agli occhi come tale ipotesi criminosa preveda un trattamento sanzionatorio (reclusione sino a tre anni) all'apparenza più blando rispetto alla contigua fattispecie di infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c.¹⁰⁹, che contempla una pena detentiva nel minimo più elevata (reclusione da sei mesi a tre anni). Nel raffronto tra le due condotte e i relativi livelli di pena comminabili non possono non evidenziarsi notevoli perplessità: a parità di nocumento cagionato alla società, risulta essere maggiore la gravità del disvalore del fatto descritto dall'art. 2635 c.c., caratterizzato da un vero e proprio *pactum sceleris*. Eppure, la condotta del soggetto agente che compia od ometta atti in violazione degli obblighi inerenti al proprio ufficio, verrà punita con una pena minore (fino a tre anni), qualora sia il frutto di un accordo corruttivo tra lo stesso soggetto agente ed un terzo. Inoltre, si rileva come la maggiore gravità delle condotte *ex art.* 2635 c.c. sia desunta tenendo conto del fatto che la corruzione, in quanto originata da un accordo che preveda reciprocità di interessi, determini un clima più favorevole all'insorgere di ulteriori offese ai beni in gioco¹¹⁰.

¹⁰⁹ Art. 2634 c.c. – *Infedeltà patrimoniale* – Gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori, che, avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale, sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni.

La stessa pena si applica se il fatto è commesso in relazione a beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi, cagionando a questi ultimi un danno patrimoniale.

In ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo.

Per i delitti previsti dal primo e secondo comma si procede a querela della persona offesa.

¹¹⁰ MILITELLO V., *I reati di infedeltà*, in *Diritto penale e processo*, 2002, p. 706.

Volendo trovare, al di là delle incongruenze rilevate, una plausibile ragione di tale trattamento sanzionatorio, bisognerà muovere dalla considerazione dell'elemento soggettivo che connota l'una e l'altra fattispecie: perciò, si nota, come il *dolo intenzionale* richiesto per l'integrazione della fattispecie di cui all'art. 2634 c.c. richiederebbe nel soggetto agente un momento cognitivo e volitivo più intenso, laddove, invece, per la fattispecie di corruzione la punibilità scatta in virtù del semplice *dolo generico*.

Altra perplessità riguarda il medesimo trattamento sanzionatorio previsto per i soggetti *extraneus* ed *intraneus*. Non si comprende il perché della stessa pena, dal momento che l'*intraneus* meriterebbe un trattamento sanzionatorio più severo essendo avvinto al bene giuridico tutelato dalla norma in modo più stretto rispetto alla controparte estranea¹¹¹.

Sempre con riferimento al regime sanzionatorio, si deve rilevare come il delitto in esame sia stato escluso dalla categoria dei reati societari (vedremo in seguito le modifiche apportate dalla legge 190/2012) per i quali sia possibile la responsabilità degli enti collettivi ai sensi del d.lgs. 231/2001, nell'ottica del superamento del principio *societas delinquere non potest*, ritenuto superato nella moderna economia, che sempre più spesso è chiamata a fare i conti con la criminalità d'impresa. Preso atto del silenzio della Relazione Ministeriale ed anche di espresse indicazioni da parte della legge delega, si deve ritenere che tale esclusione vada ricercata nell'incompatibilità tra gli elementi costitutivi del reato in esame (l'aver cagionato un nocumento alla società) ed i criteri di imputazione oggettiva della responsabilità all'ente, che richiedono, tra l'altro, che la persona fisica abbia agito nell'interesse dell'ente stesso¹¹².

¹¹¹ BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e responsabilità penali*, cit., p. 155.

¹¹² BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e responsabilità penali*, cit., p. 157.

Di fronte a tale soluzione può profilarsi qualche perplessità, prima fra tutte quella che rileva come non vi sia una sostanziale differenza tra la fattispecie in esame e le altre ipotesi di reato societario, che però sono ricomprese nella disciplina della responsabilità degli enti. Si rileva come, accanto all'esistenza di un'attenzione a reprimere i reati commessi *nell'interesse della società*, esista anche un analogo interessamento a prevenire i reati *contro la società*. La corretta e fedele amministrazione della società dovrebbero assurgere ad interesse generalizzato, non più circoscrivibile all'interno della singola società, avuto riguardo all'impatto che possono provocare sul mercato condotte lesive dei patrimoni societari, non di certo assimilabili a quelli singolarmente considerati quanto ad impatto sul sistema economico¹¹³. Altra decisiva obiezione si fonda sulla considerazione che in questo modo i soci incolpevoli verrebbero colpiti due volte: prima dalla commissione del reato da parte dei soggetti agenti, e successivamente dall'eventuale sanzione comminata all'ente. Tale obiezione, tuttavia, può essere superata argomentando che la stessa situazione potrebbe aversi anche per gli altri reati societari che si rivelino, *ex post*, pregiudizievoli per il patrimonio sociale. Si tratterebbe, peraltro, di una situazione risolvibile con la scelta di uno strumento punitivo che non colpisca nuovamente il patrimonio sociale, ma che, ad esempio, si traduca nella comminazione di sanzioni interdittive.

Paradossale sarebbe, invece, un'altra circostanza: dal momento che gli organismi internazionali richiedevano espressamente al legislatore italiano di sanzionare le condotte di corruzione, e che proprio queste si intendeva combattere con l'introduzione del regime di responsabilità degli enti, risulterebbe quantomeno singolare il fatto che a beneficiare dell'esclusione da tale regime sia non solo la società corrotta, ma persino la società corruttrice (quella cui appartenerrebbe il soggetto

¹¹³ FOFFANI L., *Le infedeltà*, in AA.VV., *cit.*, p. 371.

agente *extraneus* che abbia dato o promesso l'utilità)¹¹⁴. Anche in questo caso, l'anomalia andrebbe ricercata nell'attrazione della corruzione nell'orbita dell'infedeltà.

10. Rapporti con altre fattispecie

La strutturazione della fattispecie come reato di *danno* e non di *pericolo*, ha minato alla base quella razionalità che consentiva la pacifica coesistenza di due norme dai diversi raggi d'azione, esercitando l'art. 2635 c.c. una funzione di "fattispecie avamposto" dell'infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c.

Ne deriva la perdita di un razionale rapporto con l'art. 2634 c.c., a sua volta incentrato su un danno alla società. Se infatti, a quest'ultima fattispecie fosse rimasta affiancata la norma sull'infedeltà connessa ad uno scambio indebito fra utilità ed atto di ufficio, le due norme potevano collocarsi lungo una linea ideale di progressione dell'offesa. Si sarebbe così consentito di risolvere razionalmente le situazioni di concorso apparente, facendosi guidare dal criterio della maggiore gravità connesso alla graduazione dell'offesa.

I problemi, ovviamente, non concernono i casi di infedeltà commessi da soggetti attivi previsti solo dall'art. 2635 c.c., che contempla anche i sindaci ed i responsabili delle società di revisione.

Quanto, invece, agli altri requisiti di cui alla norma sull'infedeltà patrimoniale, vi è una larga area di condotte coincidenti con quelli che integrano l'altra fattispecie dell'infedeltà da corruzione. Infatti, tanto il requisito obiettivo del conflitto d'interessi, quanto il dolo specifico della finalità di trarre un ingiusto profitto, così come l'atto di disposizione dei beni sociali, sono tutti ordinariamente implicati dalla

¹¹⁴ Il rilievo è di FOFFANI L., *Le infedeltà*, in AA.VV., p. 374; dello stesso avviso anche GULLO A., *Spunti critici in tema di infedeltà patrimoniale a seguito di dazione o promessa di utilità*, cit., p. 451.

condotta incriminata dall'art. 2635 c.c., dove i doveri inerenti all'ufficio sono violati da un atto adottato quale corrispettivo di una indebita utilità promessa al soggetto attivo. Solo nei casi in cui, l'atto contrario ai doveri abbia un carattere meramente organizzatorio e non contenga alcuna disposizione di beni sociali, non sorgono dubbi sull'esclusiva applicabilità dell'art. 2635 c.c.¹¹⁵. In tutti gli altri casi, criminologicamente più rilevanti, in quanto il danno alla società può trovare più facile e diretta realizzazione attraverso una disposizione dei suoi beni sociali, una soluzione razionale avrebbe richiesto di costruire i rapporti fra le due norme in modo che, nei casi in cui il patrimonio della società viene posto in pericolo dall'atto, si applichi l'incriminazione della *mala gestio* anticipata (appunto l'infedeltà da corruzione), mentre quando nella stessa situazione si verifica il corrispondente danno, prevalga, invece, l'altra norma.

Il disegno è saltato con la parificazione delle due norme rispetto al verificarsi di un nocumento per la società come conseguenza delle rispettive condotte: la distinzione non può essere più operata sul piano dei rispettivi disvalori, ma solo riguardo alla specialità nella integrazione degli elementi della fattispecie. La conseguenza è ancora una volta paradossale: l'atto contrario ai doveri di ufficio, adottato in conflitto d'interessi e con la finalità di trarre un vantaggio, potrà essere punito con una pena minima minore (quella ex art. 2635 c.c.) se sia frutto di un "turpe mercato" fra il soggetto attivo ed un terzo e, persino se, l'indebito arricchimento non sia rimasto a livello di finalità non realizzata, ma si sia effettivamente concretizzato.

Come è evidente, la modifica in questione, non ha disperso solo il corretto profilo patrimoniale delle due offese, ma ha finito per stravolgere ogni razionale distinzione fra le due condotte illecite: a parità di nocumento cagionato alla società, non pare dubbio che lo

¹¹⁵ Ad. es., la ristrutturazione di un reparto che ne trasferisca il personale (qualificato) ad un altro ramo dell'azienda che non ne richiede la specifica professionalità, compiuta dall'amministratore per danneggiare la società dietro compenso da parte di altra società concorrente.

scambio indebito da cui scaturisce, configuri un disvalore ben più grave, se la condotta in questione viene valutata alla stregua della correttezza oggettiva nei rapporti fra il soggetto attivo e la società. E ciò, non tanto per una astratta aderenza a valutazioni sulla moralità nella conduzione degli affari, non in linea con la più asciutta connotazione dell'offesa in senso patrimoniale che il legislatore ha inteso cogliere: la corruzione, in quanto frutto di un accordo illecito che crea reciprocità di interessi determina un "clima" favorevole ad ulteriori offese ai beni in gioco, e dunque risulta più grave ad una valutazione di complessiva pericolosità del fatto commesso¹¹⁶.

A volere ricercare, a tutti i costi, un residuo barlume di razionalità nei rapporti fra le due fattispecie, potrebbe venire in soccorso l'aspetto soggettivo delle condotte illecite incriminate dalle due norme. L'infedeltà patrimoniale richiede, infatti, l'intenzionalità nella causazione del danno, il che, invece, non è previsto nell'altra incriminazione. Si potrebbe, allora, pensare, che il minimo più elevato di pena previsto per la prima fattispecie sia adeguato ai casi in cui lo scambio indebito atto/utilità si accompagni all'intenzionalità nella causazione del nocumento, lasciando l'altra incriminazione a raccogliere quelle stesse situazioni in cui manchi la forma più grave del dolo.

Come è stato osservato¹¹⁷, si tratta di un salvataggio che, però, finisce per avere costi maggiori dei possibili vantaggi, in quanto si legittima, così, la possibilità di integrare l'infedeltà da corruzione anche in dolo eventuale, senza alcun antidoto per prevenire quelle confusioni fra dolo e colpa, purtroppo, non sconosciute nel diritto vivente.

Ma la fattispecie di cui all'art. 2634 c.c. non è l'unica con cui l'art. 2635 c.c. è destinato a confrontarsi, ben potendo il suo raggio d'azione sovrapporsi a quello dell'art. 178 del d.lgs. 58/1998 (*Testo unico in*

¹¹⁶ MILITELLO V., *I reati di infedeltà*, in *Diritto penale e processo*, 2002, n. 6, p. 706.

¹¹⁷ MILITELLO V., *ibidem*.

materia di strumenti finanziari), ora abrogato dal d.lgs. 39/2010¹¹⁸: l'art. 178 cit., configurava una vera e propria ipotesi di corruzione impropria di cui si rendevano protagonisti i responsabili della revisione, i quali percepivano compensi ulteriori rispetto a quelli legittimamente pattuiti. Tale fattispecie era posta a tutela dell'indipendenza del giudizio dei revisori, che sarebbe stata messa in discussione dal fatto che il revisore avesse percepito un indebito compenso, a prescindere dalla verifica di qualsivoglia evento di danno. Inoltre, si trattava di reato punito con la pena della reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da 206 a 1032 euro e, per di più, procedibile d'ufficio. Com'è evidente, ci si trovava di fronte ad un trattamento sanzionatorio ben più grave di quello di cui all'art. 2635 c.c., sebbene si trattasse di fattispecie non contemplante alcun evento lesivo, laddove, per contro, lo stesso art. 2635 c.c. presenti un'offensività certamente più marcata.

La scelta tra l'applicazione, ai responsabili della revisione, dell'art. 2635 c.c. o dell'art. 178 T.U.F. discendeva, invece, sia dal rapporto di progressione criminosa ravvisabile tra i due reati (richiedendosi, per la consumazione del primo, la causazione dell'evento di danno alla società) sia dalla individuazione del soggetto dal quale provenga la dazione o promessa di utilità: la fattispecie ex art. 178 T.U.F. richiedeva, infatti, che il compenso in denaro o in altra forma derivasse dalla stessa società assoggettata a revisione, mentre risultava applicabile la figura criminosa di infedeltà ex art. 2635 c.c. allorché l'utilità era data o promessa da un soggetto che non fosse in alcun modo riconducibile all'ente sottoposto al controllo dei

¹¹⁸ Il d.lgs. 39/2010 ha abrogato l'art. 178 *TuIntFin* ed ha disciplinato con una autonoma norma (art. 30) la fattispecie di "*compensi illegali*" punendo il responsabile della revisione e i componenti dell'organo di amministrazione, i soci, e i dipendenti della società di revisione legale, che percepiscono, direttamente o indirettamente, dalla società assoggettata a revisione legale compensi in denaro o in altra forma, oltre quelli legittimamente pattuiti, con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da mille a centomila euro. La stessa pena si applica a coloro che hanno corrisposto il compenso non dovuto.

revisori¹¹⁹. Ad ogni modo, il raffronto tra i due reati palesava un'evidente incongruenza di disciplina: il delitto di "compensi illegali", seppur costruito come fattispecie di pericolo per la cui integrazione era sufficiente la percezione del compenso indebito, era punito in maniera notevolmente più severa dell'infedeltà ex art. 2635 c.c. (che è invece un reato di danno), e, per di più, era perseguito d'ufficio¹²⁰.

Pertanto, lo spazio di operatività della norma civilistica poteva residuare quando gli autori del reato fossero i sindaci e, per ciò che concerneva gli altri soggetti, limitatamente alle condotte meramente omissive e a quelle concernenti attività diverse da quelle propriamente dispositive dei beni sociali¹²¹, o qualora provenissero da soggetti esterni alla società¹²².

Anche nei confronti della fattispecie dell'art. 174-ter dello stesso testo unico suddetto, si potevano riscontrare delle interferenze¹²³.

A parte le differenze rappresentate dal fatto che la norma contenuta nel T.U.F. non richiedeva la verifica di alcun danno, fosse assistita da

¹¹⁹ FOFFANI L., *Società*, cit., p. 1890; CERQUA L.D., *La corruzione tra privati*, cit., p. 156.

¹²⁰ MARTINI A., *Art. 2635 c.c.*, cit., p. 524; CERQUA L.D., *La corruzione tra privati*, cit., p. 157; BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *Spunta la corruzione dei revisori*, in Guida al dir., 2006, n. 4, p. 166.

¹²¹ ZANNOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., p. 314; nello stesso senso MILITELLO V., *L'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, cit., p. 498.

¹²² CERQUA L.D., *La corruzione tra privati*, cit., p. 156.

¹²³ Il d.lgs. 39/2010 (*Riforma della revisione legale*) ha abrogato anche l'art. 174-ter *TuIntFin* ed ha disciplinato con una apposita norma (art. 28) la "corruzione dei revisori" così disponendo: "I responsabili della revisione legale, i quali, a seguito della dazione o della promessa di utilità, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio, cagionando nocumento alla società, sono puniti con la reclusione fino a tre anni. La stessa pena si applica a chi dà o promette l'utilità.

Il responsabile della revisione legale e i componenti dell'organo di amministrazione, i soci, e i dipendenti della società di revisione legale, i quali, nell'esercizio della revisione legale dei conti degli enti di interesse pubblico e delle società da queste controllate, fuori dei casi previsti dall'art. 30, per denaro o altra utilità data o promessa, compiono od omettono atti in violazione degli obblighi inerenti all'ufficio, sono puniti con la reclusione da uno a cinque anni. La stessa pena si applica a chi dà o promette l'utilità. Si procede d'ufficio".

una pena massima più bassa (cinque anni di reclusione) e prevedesse un regime di perseguibilità a querela, entrambe le fattispecie, invero, punivano fatti di dazione o promessa di una somma di denaro o altra utilità commessi nell'ambito di società quotate, con esiti paradossali per l'ipotesi in cui il fatto tipico fosse realizzato dai responsabili della revisione, soggetti attivi contemplati da entrambe le norme in esame. In tal caso, infatti, o si riteneva applicabile la norma penale caratterizzata da maggiori elementi specializzanti (art. 174-ter T.U.F.), ma assistita da una pena più mite, o si riteneva, invece, applicabile la norma penale societaria aggravata (art. 2635 comma 3 c.c.), la quale, pur prevedendo un più elevato massimo di pena, era esposta alle incertezze applicative derivanti, da un lato, dal regime di perseguibilità a querela e, dall'altro, da un possibile bilanciamento delle circostanze ai sensi dell'art. 69 c.p., proprio in considerazione della propria natura circostanziale. Al fine di non privare di significato la novità normativa costituita dall'introduzione della specifica fattispecie della corruzione dei revisori (la quale, in caso contrario, avrebbe visto circoscritto il proprio ambito applicativo ai soli casi di mancata verifica di un documento alla società), la dottrina riteneva di dover concludere per la prevalenza dell'art. 174-ter T.U.F. tutte le volte in cui dalla corruzione dei revisori fosse scaturito un pregiudizio per la società rispetto a quella dell'art. 2635 c.c.¹²⁴, il quale, invero, avrebbe dovuto essere considerato implicitamente abrogato nella parte in cui faceva riferimento alla corruzione commessa da soggetti responsabili della revisione¹²⁵.

¹²⁴ SANTORIELLO C., *Il reato di corruzione dei revisori*, in La disciplina penale dell'economia, Società, fallimento, finanza, a cura di C. SANTORIELLO, Vol. I, Giappichelli, Torino, 2008, p. 627.

¹²⁵ BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *Spunta la corruzione dei revisori*, in Guida al dir., 2006, fasc. 4, p. 165.

11. Conclusioni intermedie

Non è indifferente la rubrica della fattispecie incriminatrice. Il legislatore, che interpreta il fenomeno corruttivo come quel comportamento attraverso il quale il gestore, il controllore (e le varie figure a essi riferibili) dell'ente giuridico provocano a questo un pregiudizio, vuole evitare accuratamente di utilizzare il termine corruzione e rimarcare, invece, l'aspetto dell'infedeltà delle figure di vertice della società commerciale per conto della quale operano e della quale devono salvaguardare gli interessi; la rubrica, perciò, recita *“Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità”*.

Si tratta di un primo passaggio importante; la rubrica è il chiodo al quale viene appeso il precetto, anticipandone l'oggetto. Nel d.lgs. 61/2002, dunque, la corruzione tra privati non esiste, quel che si vuole punire è l'infedeltà dei vertici e la rilevanza penale è riferita ad un disvalore che si manifesta tutto all'interno dell'ente stesso. Cosicché neppure nel corpo di diritto in cui per antonomasia sono consacrate le relazioni tra privati, ossia il codice civile (nel quale è destinata a inserirsi la novella di cui al d.lgs. suddetto), l'espressione *“corruzione tra privati”* è destinata a comparire.

Ed è proprio tale ambito di efficacia della norma a svilire non solo la tutela dei beni della correttezza, della lealtà, della fiducia, della libera e cristallina concorrenza nelle relazioni tra privati, ma anche la stessa dignità delle funzioni esercitate da tutti coloro che nell'ambito dell'ente giuridico amministrano, dirigono, controllano.

Ciò che rileva, infatti, non è il comportamento *non corretto* di tutti costoro, ma solo l'interesse (essenzialmente di natura economica) a stigmatizzarlo da parte della società nell'ambito della quale gli stessi abbiano agito. Fino a che tale interesse non emerga la violazione di legge è tollerata, rimanendo nella più totale indifferenza, pur essendoci stata e pur avendo prodotto dei risultati anomali a danno dei soggetti

estranei all'ente in cui ha operato il soggetto corrotto, e che, proprio in quanto tali, rimangono privi della specifica tutela penale.

L'impatto sul sistema è devastante.

In primo luogo, lo è per il microcosmo sul quale la norma dell'art. 2635 c.c. vorrebbe agire: il mondo delle società commerciali, caratterizzato da un reticolo di disposizioni che tracciano la mappa dei principi sulla responsabilità per chi esercita funzioni gestorie e di controllo (si pensi, ad es., agli artt. 2384, II co., 2390, 2391, per gli amministratori, agli artt. 2403, 2403 *bis*, 2407 c.c., per i sindaci).

Si tratta di disposizioni che entrano nella fattispecie penale quali impliciti riferimenti normativi richiamati dall'elemento della *“violazione degli obblighi inerenti all'ufficio...”*.

Le società commerciali (ed in particolare le società di capitali) rappresentano, infatti, esse stesse un valore di primaria importanza per il benessere economico: chi al loro interno opera ha il dovere di agire con la massima trasparenza in ragione delle implicazioni socio-economiche, degli interessi ed aspettative che le società commerciali sollecitano nella collettività.

Pure le condotte che, poste in essere in collusione con terzi soggetti, finiscano con il favorire questi ultimi a tutto detrimento delle corrette regole di mercato e della libera concorrenza possono provocare i più gravi pregiudizi ad investitori, risparmiatori, clienti, fornitori, creditori. In effetti la tutela forte degli interessi sopra richiamati sembra in sintonia con le stesse previsioni costituzionali che esprimono sia il principio dell'utilità sociale cui l'iniziativa economica deve ispirarsi (art. 41 Cost.) sia l'importanza del risparmio del quale garantisce protezione in tutte le forme in cui esso tenda a realizzarsi (art. 47 Cost.).

Di tali valori non solo i principi di veridicità e chiarezza dei bilanci, di verità delle comunicazioni sociali ma anche la fedeltà non tanto all'ente societario di appartenenza ma ai *compiti funzionali* inerenti

all'ufficio ricoperto all'interno dell'ente, sembrano costituire inevitabili corollari. E' proprio su tale terreno che può apprezzarsi la funzione general-preventiva della norma penale e non tanto nella sua dimensione applicativa quanto nella sua stessa conoscenza da parte dei destinatari, i quali hanno modo di trovare in essa una guida dei loro comportamenti. La norma penale, in fondo, condiziona, nella prospettiva di un interesse comune, le condotte, incanalandole su certi binari le orienta e contribuisce alla formazione di una sensibilità e di una cultura protesa verso il rispetto di valori condivisi.

Quale immagine il sistema può dare di sé quando, nonostante la violazione degli obblighi inerenti all'ufficio può non accadere nulla, perché, in fondo, quella violazione, benché abbia danneggiato i terzi o la concorrenza, è ritenuta neutra per gli interessi della società commerciale o addirittura per questa profittevole?

Quale dignità può residuare alle funzioni di vertice degli enti giuridici, se passa il principio che la correttezza non è un valore in sé ma una variabile dipendente dall'interesse della società commerciale nel quale ha operato l'amministratore o il controllore disonesto?

Se ne trae un'impressione strana che alimenta un sospetto: per evitare che la situazione possa sfuggire di mano o che le regole del libero mercato prevalgano sul mercato senza regole si pongono delle barriere, con le quali si vuole impedire che del comportamento scorretto, di quell'accordo tra amministratore infedele e terzo si parli fuori delle mura dell'ente giuridico, in assenza della volontà di questo, il quale si trasforma in persona offesa.

Funzionale a tale obbiettivo è la costituzione di due fattori: la perseguibilità a querela e il documento all'ente giuridico in cui ha operato l'amministratore infedele.

Che si trattasse di fattori ostativi alla operatività della norma doveva essere chiaro fin dall'inizio; la riprova della difficile sua applicazione la si può rinvenire nel pressoché silenzio giurisprudenziale sin dalla

sua entrata in vigore. Per individuare la prima sentenza pronunciata dalla Corte di Cassazione sull'art. 2635 c.c. abbiamo dovuto attendere il 6 febbraio 2013 quando è stata depositata la sentenza della Cassazione sez. V penale, n. 5848/2013.

Essa rappresenta, perciò, il punto di riferimento fondamentale per dipanare alcune problematiche interpretative che, presenti nell'art. 2635 c.c. nella sua formulazione elaborata col d.lgs. del 2002, sono rimaste irrisolte nella formulazione adottata nella legge 190/2012.

Pertanto, si sarebbe potuto assumere, come base per una rivisitazione dell'art. 2635 c.c., quantomeno la traccia segnata dal II comma dell'art. 28 del d.lgs. 39/2010, nel dare rilievo al fenomeno corruttivo in ambito privato sia agendo sul versante della procedibilità sia sganciando la fattispecie dall'evento di tipo patrimoniale.

In ambito privato, infatti, come abbiamo visto in precedenza, l'espressione "corruzione" era già stata espressamente enunciata dal legislatore col d.lgs. 39/2010 con il quale, nel recepire la Direttiva 2006/43/UE, sono state introdotte nell'ordinamento italiano alcune novità in materia di controllo dei conti.

All'espunzione dall'art. 2635 c.c. del riferimento ai responsabili della revisione quali soggetti attivi della condotta¹²⁶, si è accompagnata la creazione di una norma *ad hoc* per i responsabili della revisione.

Tale norma, che è sostanzialmente strutturata sulla falsariga dell'art. 2635 c.c., se ne differenzia in generale per la procedibilità d'ufficio e nell'ipotesi in cui la revisione riguardi enti di interesse pubblico per due aspetti:

- la mancanza del riferimento di tipo patrimonialistico;
- l'inasprimento del trattamento sanzionatorio.

Se si vuole, il minimo comune denominatore tra corruzione pubblica e corruzione privata è la gestione di centri di potere, il cui funzionamento diviene oggetto di mercimonio per gli scopi più

¹²⁶ Vedi nota 117.

disparati. E' perciò lo stesso meccanismo che di per sé diventa fonte di pericolo se non di lesione diretta di beni e valori di carattere generale. Proprio a tutela di questi dovrebbe pensarsi l'intervento punitivo di carattere penale.

CAPITOLO QUARTO

LA RIFORMA DEL 2012: LA LEGGE 190/2012

1. Premessa

A dieci anni esatti di distanza dalla riforma del 2002, il legislatore rimette mano ai delitti di corruzione, riformandoli con l'intento di adeguare la normativa italiana agli *standard* europei, ma soprattutto con lo scopo di far emergere il fenomeno corruttivo nella sua oramai imperdonabile dimensione sistemica.

Sul *piano interno*, l'esigenza di una rivisitazione della materia dei delitti di corruzione e di una migliore definizione di quello che, autorevoli studiosi, hanno significativamente definito come il confine conteso tra concussione e corruzione, era avvertita da tempo nel dibattito teorico e nella prassi applicativa. Esigenza che si è manifestata con particolare evidenza all'indomani della stagione di "Mani pulite" e che si è tradotta anche in proposte organiche di revisione (penso alla c.d. Proposta di Cernobbio elaborata dai magistrati del Pool di Mani Pulite e da illustri studiosi) oggetto di confronto serrato in dottrina. Così pure si è andata facendo strada una più diffusa consapevolezza della realtà criminologica della corruzione e della necessità dunque di dare risposte legislative a talune istanze emergenti in sede applicativa.

A ciò si affianca l'indubbio ampliamento dello spettro dei beni attinti dal delitto di corruzione, non più circoscritto al buon andamento e all'imparzialità della pubblica amministrazione, ma tale da riguardare ad esempio la concorrenza.

Sul *piano internazionale*, una riscrittura dell'impianto di disciplina in materia era il portato di precisi obblighi derivanti da strumenti normativi sopranazionali da tempo ratificati dall'Italia o di recente approvazione (mi riferisco, come noto, alla Convenzione Onu di Merida del 2003 e alla Convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo del 1999). Tali strumenti richiedevano, tra l'altro, l'introduzione nel nostro ordinamento della fattispecie di "Corruzione tra privati" solo in parte "coperta" da figure di reato già presenti nel nostro ordinamento.

Pertanto, la strategia di contrasto al fenomeno corruttivo è stata altresì attuata attraverso un rafforzamento della risposta penale rispetto a dazioni illecite nel settore privato.

L'obiettivo è stato realizzato attraverso una revisione dell'art. 2635 c.c. Come vedremo, in seguito, trattando di tale riformulazione, il legislatore ha mantenuto la struttura della fattispecie fondata su di un accordo corruttivo legato al compimento o all'omissione dell'atto in violazione degli obblighi d'ufficio; schema, come già accennato nel capitolo precedente, sperimentato nella legislazione speciale in ambiti affini quali quello della revisione legale dei conti ove anche di recente il legislatore ha riproposto una figura di corruzione che ruota attorno al compimento o all'omissione, a seguito di dazione o promessa di denaro o altra utilità, di un atto contrario all'ufficio (art. 28 d.lgs. 39/2010).

Tra i modelli di corruzione privata presenti nei diversi ordinamenti, il legislatore ha ritenuto di trovare un punto di equilibrio tra quello a carattere patrimoniale e quello a tutela della concorrenza. E' stata così costruita una fattispecie diretta a tutelare due interessi: da un lato il patrimonio della società, interesse che trova quale sua immediata conseguenza la procedibilità a querela di parte nel caso in cui si sia verificato un nocumento alla società; dall'altro, il rispetto delle regole della concorrenza, dotato di una proiezione "esterna" rispetto alla

società in questione, con l'effetto dunque di innescare un regime di procedibilità d'ufficio.

Le modifiche incidono poi anzitutto sulla platea degli autori, includendo la norma tra i soggetti attivi, accanto ad amministratori, direttori generali, dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, sindaci e liquidatori, coloro che sono sottoposti alla direzione o vigilanza di questi ultimi.

E' stata prevista poi la riferibilità della dazione o promessa di denaro o altra utilità non solo ai soggetti attivi ma anche a terzi.

Va, infine, menzionato, a completamento dell'intervento di rafforzamento della disciplina di contrasto, l'inserimento dell'art. 2635 c.c. tra i reati presupposto della responsabilità dell'ente, ai sensi del d.lgs. 231/2001, avuto riguardo alla condotta di chi dà o promette denaro o altra utilità, il quale ben potrà agire nell'interesse dell'ente di appartenenza.

La società dovrà dunque predisporre i modelli organizzativi tesi ad evitare condotte corruttive da parte dei propri soggetti "apicali" o "subordinati", ed in caso di accertamento di responsabilità, l'ente è tenuto al pagamento della sanzione pecuniaria da 200 a 400 quote.

2. La riformulazione dell'art. 2635 c.c.: di nuovo disattesi gli obiettivi delle convenzioni in sede europea

Contrariamente a quanto auspicato da più parti, il legislatore del 2012 ha mantenuto l'adesione al contenuto del precetto di cui all'art. 2635 c.c., mutandone pressoché solo la rubrica in cui compare l'espressione "corruzione tra privati"¹²⁷, che, se letta in controluce al contenuto della

¹²⁷ Art. 2635 c.c. (Corruzione tra privati). *"Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, che, a seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilità, per sé o per altri, compiono od omettono*

norma tradisce un'ipotesi di pubblicità ingannevole, la fattispecie continuando a riguardare il comportamento infedele dei soggetti espressamente indicati nella norma¹²⁸.

Su questo finisce per appiattirsi la rilevanza penale del fenomeno di corruzione tra privati.

Come già accennato, al testo dell'art. 2635 c.c. vengono apportate talune rettifiche con riferimento:

- al novero dei *soggetti attivi*, individuati non solo negli amministratori, direttori generali, dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili, sindaci, liquidatori, ma anche in colui il quale risulti sottoposto alla direzione o alla vigilanza di costoro;
- alla *condotta*, che non consiste soltanto nella violazione degli obblighi funzionali incombenti su ognuna delle figure sopra menzionate, ma anche nella violazione degli obblighi di fedeltà;
- alla *procedibilità*, che solo nell'ipotesi in cui dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi, è d'ufficio, rimanendo la procedibilità a querela

atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, cagionando nocimento alla società, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni. Si applica la pena della reclusione fino ad un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma.

Chi dà o promette denaro o altra utilità alle persone indicate nel primo e secondo comma è punito con le pene ivi previste.

Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'art. 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al d.lgs. 58/1998 e successive modificazioni.

Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o di servizi”.

¹²⁸ E' sufficiente rilevare che i fattori costitutivi della fattispecie sono rappresentati:

- dalla dazione o offerta d'utilità da parte di un terzo che si rivolge ad uno dei soggetti qualificati elencati nell'articolo;
- dalla violazione da parte di quest'ultimo dei compiti inerenti al suo ufficio;
- dalla produzione di un nocimento alla società in conseguenza dell'atto o dell'omissione compiuti dal soggetto qualificato in violazione ai suoi compiti funzionali.

nell'ipotesi in cui la conseguenza della condotta si risolva nel nocumento arrecato alla società;

- al *trattamento sanzionatorio*, nel quale alle originarie previsioni, aumentate solo quanto al minimo edittale, per l'*intraneo* infedele-corrotto e l'*estraneo* corruttore, si aggiungono, per un verso, la pena per colui il quale abbia agito nella veste di *intraneo* sottoposto alla vigilanza delle figure apicali previste nel I comma, e, per altro verso, attraverso l'inserimento della lettera *s-bis* nell'art. 25-ter del d.lgs. 231/2001, la sanzione amministrativa pecuniaria da 200 a 400 quote per l'ente giuridico, nell'ipotesi in cui il reato del soggetto operante al suo interno come figura apicale ovvero come sottoposto alla vigilanza di questa sia stato commesso nell'interesse dello stesso ente giuridico ovvero a questo abbia arrecato un vantaggio.

A onta della rubrica, la riformulazione della norma continua a non cogliere l'obiettivo della repressione della corruzione privata nei termini indicati dalle convenzioni espresse in sede europea (soprattutto le Convenzioni di Merida e di Strasburgo), rimaste ancora in larga parte disattese.

Permane, infatti, la centralità dell'interesse societario rispetto al quale la stabilità e la sicurezza sociale non risultano in alcun modo valorizzate, pur costituendo i beni principalmente minacciati dal mercimonio delle funzioni, seppure inerenti all'espletamento di ufficio privato.

E' stata lasciata la procedibilità a querela, salva l'ipotesi che "*dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni e servizi*"; solo in quest'ultimo caso, infatti, il reato diventa procedibile d'ufficio.

3. La perseguibilità a querela

In conseguenza alla modifica che la legge 190/2012 ha operato sull'art. 2635 c.c., il reato di corruzione tra privati è soggetto ad un duplice regime di procedibilità:

- *a querela della persona offesa*, allorché la violazione degli obblighi funzionali (o degli obblighi di fedeltà) da parte di soggetto apicale ovvero di suo sottoposto operanti all'interno della società, abbia a questo arrecato nocumento;
- *d'ufficio*, se dal fatto sia derivata una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi.

Il correttivo apportato rischia di fare rimanere pressoché inalterato il meccanismo della procedibilità a querela, giacché si fa dipendere la procedibilità d'ufficio da un evento di dubbia definizione (sul punto, v. oltre, par. 5).

La distorsione della concorrenza è, peraltro, un evento da provare, con il rischio di attivare, a discapito delle esigenze di economia processuale, un'attività giudiziaria inutile, giacché la mancanza dell'*evento-distorsione della concorrenza* rende il reato procedibile a querela.

La procedibilità a querela, perciò, sembra destinata a restare l'ipotesi normale, cosicché continuano a residuare i dubbi (già emersi con riferimento all'originaria formulazione del reato di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità) circa tale tipo di soluzione.

Il ricorso alla querela segna il passo della scelta di tipo privatistico, che, tuttavia, il legislatore avrebbe ben potuto portare fino in fondo e sfugge il senso della vestizione del precetto con gli abiti del reato, salvo a ravvisarne il significato di mera facciata da valutare alla stregua di un orpello, evidentemente ritenuto sufficiente a

tranquillizzare la platea dei soggetti interessati ad una tutela di tipo penale di beni istituzionali, sempre ravvisati nel settore dell'economia. La sanzione penale per i comportamenti presi in considerazione dalle norme sopra indicate non svolge, d'altronde, la funzione general-preventiva che le è propria anche perché quei comportamenti, di norma posti in essere da soggetti qualificati, integrano sempre illeciti civili di natura contrattuale o extracontrattuale, per i quali il rischio del risarcimento del danno è ben più avvertito della sanzione penale, destinata in concreto a non essere mai applicata, seppure irrogata a seguito di una condanna¹²⁹.

Il disvalore del fatto si compie quando a seguito del mercimonio tra terzo e soggetto qualificato (*intraneo*), questi commetta atti contrari ai propri compiti funzionali cagionando nocimento alla società; rimane, perciò, poco comprensibile la ragione per la quale l'ordinamento rimetta alla persona offesa (l'ente societario) la valutazione sull'opportunità di perseguire penalmente gli autori della condotta vietata.

E' una delle incongruenze dalle quali sembra emergere in maniera decisa la dimensione essenzialmente privatistica della norma, che consente di coprire comportamenti devianti i cui effetti pregiudizievoli, peraltro, non necessariamente si esauriscono nel nocimento prodotto alla società individuata come persona offesa, ben potendo coinvolgere soggetti a questa estranei; ogniqualvolta, infatti, vi sia una collusione tra un terzo ed un soggetto qualificato della società, indotto dal primo a violazioni dei propri compiti funzionali, al nocimento della società (almeno di norma) corrisponderà un vantaggio per il terzo ed al vantaggio per il terzo è verosimile che altri soggetti estranei all'ente

¹²⁹ La concreta applicabilità della sanzione penale è infatti resa vana dai limiti edittali assolutamente tenui, per i quali la possibilità della prescrizione è assai elevata, dalla presumibile applicazione di benefici (quali la sospensione condizionale della pena), nonché la stessa possibilità dell'intervento della remissione della querela nel corso del giudizio.

societario possano a loro volta subire lesione dei propri interessi economici.

E', infatti, intuitivo come un comportamento posto in essere in violazione ai compiti funzionali non ha solo una valenza d'infedeltà verso l'ente, ma esprime un disvalore più ampio, che è fonte inquinante per lo stesso corretto svolgersi delle dinamiche del mercato. Tale ultimo aspetto, tuttavia, la norma non ha voluto considerare, ed è finito relegato dietro le quinte del palcoscenico del fenomeno corruttivo.

Cosicché, la perseguibilità a querela, se, da una parte, esprime l'esigenza di non turbare il funzionamento della società, in quanto i soci abbiano deciso di risolvere in altro modo i loro contrasti, dall'altra, accentua il rischio di creare un'area d'impunità per comportamenti potenzialmente lesivi di interessi generali¹³⁰.

Sotto altro profilo la perseguibilità a querela unitamente all'individuazione in fascia alta dei soggetti attivi ovvero di soggetti sottoposti alla loro direzione o vigilanza, introduce un grosso fattore di discriminazione a seconda che il comportamento *lato sensu* infedele sia posto in essere da soggetto qualificato, per il quale si applicherà la norma speciale dell'art. 2635 c.c. ovvero da un soggetto non qualificato (ad esempio un dipendente con funzioni esecutive non sottoposto direttamente alla direzione o vigilanza delle figure apicali), per il quale dovranno trovare applicazione le ipotesi di reato comuni (truffa, appropriazione indebita...): mentre, infatti, tali reati (se aggravati dalla circostanza di cui ai n. 4 e/o 11 dell'art. 61 c.p.) sono perseguibili d'ufficio, il reato di infedeltà contemplato dall'art. 2635 c.c. è sempre perseguibile a querela.

Vi è poi da considerare che, seppure la norma introduca un concetto di nocumento, la cui portata appare più ampia del concetto di danno in

¹³⁰ MILITELLO V., *L'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità: i soggetti attivi*, in A. GIARDA-SEMINARA (a cura di), *I nuovi reati societari, Diritto e processo*, Padova, p. 495.

senso stretto (sul punto v. oltre., par. 4), il titolare del bene offeso sembrerebbe essere individuato, esclusivamente nella società, alla quale conferisce espressamente il diritto di querela. La norma, infatti, prende in considerazione come elemento costitutivo del reato il nocumento prodotto alla società; il bene protetto, perciò, è tutto quanto, di pertinenza della società, che la norma vuole considerare come persona offesa.

E', peraltro, possibile che il nocumento inferto alla società produca un pregiudizio ai singoli soci. Cosicché, si pone il problema di stabilire se a costoro possa ritenersi attribuita la titolarità del diritto di querela. L'assenza di tale legittimazione comporterebbe l'esclusione del socio di minoranza da forme di tutela, che, pur nate apparentemente con il proposito di scoraggiare comportamenti non corretti da parte dei soggetti operanti in organi di gestione e controllo, si rivelano inadeguate alla protezione degli interessi di chi sia fuori dai giochi delle maggioranze.

L'individuazione dei soggetti attivi del reato in coloro che svolgono funzioni di amministrazione o di controllo all'interno della società (salvo che per quanto concerne i soggetti sottoposti alla loro direzione e vigilanza) renderebbe problematico l'*iter* di formazione della volontà dell'ente e della sua manifestazione circa l'esercizio del diritto di querela.

La dottrina¹³¹, con particolare riferimento alle società di capitali, ha espresso, in proposito opinioni diverse.

Taluni¹³² hanno rimarcato la distinzione tra l'ipotesi dell'offesa c.d. esterna, ossia di provenienza da soggetti estranei all'organigramma societario, e l'ipotesi dell'offesa c.d. interna, ossia proveniente da soggetti interni all'organigramma societaria; hanno quindi riferito il

¹³¹ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, a cura di L. CONTI, I, 11^a edizione, Milano, 1999, p. 297; PEDRAZZI C., voce *Società commerciali (Disciplina penale)*, in *Dig. Disc. Pen.*, XIII, Torino, 1998, p. 396.

¹³² ROMANO M.-GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, II, 2^a edizione, Milano, 1996, p. 256; ANTOLISEI, *op. ult. cit.*

potere di presentazione della querela, nel primo caso, all'organo titolare del potere di amministrazione e, nel secondo caso, all'assemblea, così come si verifica in materia di responsabilità civile di amministratori o sindaci. Secondo altra opinione¹³³, anche nell'ipotesi di offesa interna non potrebbe mai venir meno la legittimazione dell'organo di amministrazione, salvo l'obbligo di astensione dell'amministratore autore dell'atto incriminato e salva, comunque, la concorrente legittimazione dell'assemblea ordinaria.

Altri¹³⁴ ritiene che a prescindere dalla provenienza della lesione, la legittimazione non può che essere individuata sempre dall'assemblea, che è deputata non solo a decidere se presentare la querela ma anche a designare il soggetto cui attribuire il compito di presentarla.

Nell'ipotesi del reato di corruzione tra privati, per certo, l'offesa proviene anche dall'interno della società e si tratta di provenienza preminente, giacché al di fuori dell'ente vi è solo la proposta corruttiva del terzo. E', altresì, evidente che l'assemblea abbia il potere di decisione in merito alla proposizione della querela e alla designazione del soggetto il quale debba presentarla; può, certo, tale legittimazione concorrere con la legittimazione dell'organo di gestione, per l'ipotesi che la responsabilità non sia condivisa all'interno dell'intero consiglio d'amministrazione e salva l'esclusione dell'amministratore autore del comportamento vietato.

Le dinamiche dei rapporti tra gli organi, il rapporto tra gestione e controllo, le continue fisiologiche interferenze tra di essi, la possibilità che al dolo dell'amministratore si accompagni la colpa del sindaco o viceversa appaiono tutti elementi tali da rendere assai improbabile, nel concreto, la denuncia da parte dell'organo di gestione in via autonoma. Per le stesse ragioni apparirà assai improbabile che l'organo di sorveglianza solleciti una delibera assembleare sul punto. La stessa assemblea non sarà propensa alla deliberazione sulla presentazione

¹³³ PEDRAZZI, *cit.*

¹³⁴ BATTAGLINI G., *La querela*, Torino, 1958.

della querela ogni qual volta il soggetto attivo sia lo stesso amministratore espressione della maggioranza del capitale sociale.

Non può, pertanto, non convenirsi con chi¹³⁵ ritiene che sarebbe stato preferibile attribuire a ciascun socio la legittimazione alla presentazione della querela, sul presupposto di individuare in ciascun socio il soggetto direttamente, indirettamente o anche solo parzialmente offeso dal reato.

L'identificazione della persona offesa dal reato esclusivamente con la società, conduce, però, ad una ingiusta compressione dei diritti degli stessi soci di minoranza; si assisterebbe ad una particolare ipotesi in cui la norma incriminatrice è diretta a funzionare a senso unico ossia *sempre in favore* di chi esprima la maggioranza del capitale sociale e, dunque, *sempre contro* coloro i quali rappresentino posizioni di minoranza.

D'altra parte, si è pure opportunamente osservato che se il legislatore ha attribuito all'unico azionista di società a responsabilità limitata profili di responsabilità specifici e peculiari correlati alla sua posizione di *dominus* assoluto, per coerenza occorre riconoscere allo stesso soggetto poteri specifici quando sia necessario difendere la società da aggressioni esterne¹³⁶.

4. Il danno patrimoniale

Per integrare il reato di corruzione tra privati non è sufficiente che il terzo abbia sollecitato nell'*intraneo* la violazione ai suoi compiti funzionali; è necessario pure che tale violazione abbia prodotto un nocumento alla società. Le relazioni tra i momenti attraverso i quali matura il realizzarsi del fatto tipico, evidenziano il succedersi di un doppio nesso causale: il primo che collega la dazione o la promessa di

¹³⁵ MANCUSO E.M., *op. ult. cit.*, p. 676.

¹³⁶ In tal senso *Cass., sez. II, sent. n. 24824/2009*.

utilità alla violazione del dovere funzionale, il secondo che collega quest'ultimo al nocumento inferto alla società. E' proprio tale ultimo nesso a caratterizzare ad un tempo la portata della fattispecie incriminatrice e la volontà del legislatore.

Esso è suscettibile d'indurre una serie di considerazioni di carattere generale, giacché, come s'è detto, la presenza di un evento dannoso causalmente prodotto dalla condotta vietata, costituisce il limite al di qua del quale non vi è rilevanza penale ed il primo legame, individuato nel rapporto tra l'atto corruttivo e la violazione del dovere funzionale, perde ogni interesse sul piano della tutela penale.

Non si è voluto punire il comportamento infedele in quanto tale, ma solo quel comportamento infedele che abbia prodotto (*rectius* che sia suscettibile di produrre) un danno.

La norma penale, tuttavia, non fa impiego della parola "danno"; l'evento conseguente alla condotta e che determina il momento consumativo del reato è il "nocumento" alla società.

Detto ciò, è lecito, a questo punto, vedere cosa si intende per "nocumento". E' *nocumento* il danno economico che sia conseguito alla società dal comportamento infedele dell'*intraneo*; in tal senso, è nocumento prima di tutto la perdita che la società abbia subito in termini di privazione di ricchezza patrimoniale già precedentemente acquisita.

E', perciò, *nocumento* il c.d. danno emergente.

E' nocumento anche il danno per perdita di una *chance du profit*, ovvero della conclusione di un affare, venendo in rilievo il c.d. danno da *lucro cessante*, ad esempio scaturente da un affare non concluso. Non è dubbio che il danno, nelle sue componenti economiche tipiche di danno emergente e/o di lucro cessante, sia espresso, in definitiva, dal termine "nocumento".

E' lecito chiedersi se questo individui anche altri tipi di danno.

L'uso del termine *nocumento* ha probabilmente il significato di considerare di rilievo penale non solo il danno effettivo in quanto danno emergente e/o lucro cessante, ma anche il c.d. danno indiretto, che consegue ad una lesione ad un bene non suscettibile d'immediata valutazione economica. In tale prospettiva potrebbe assumere ad esempio rilievo il danno all'immagine, che la società abbia risentito per una pubblicità negativa dipesa dal fatto commesso in collusione con il terzo, da uno dei soggetti qualificati indicati nell'art. 2635 c.c. E' da considerare danno indiretto ancora l'ipotesi in cui la società sia stata esposta, dal fatto del soggetto qualificato, al rischio di responsabilità contrattuale o extracontrattuale nei confronti di altri.

Probabilmente il riferimento a tali ultime ipotesi consente di tracciare una linea di demarcazione tra il concetto di danno patrimoniale ed il concetto di *nocumento*.

Benché entrambi si muovano, infatti, sul terreno comune del pregiudizio di tipo patrimoniale, il primo presuppone una stretta dipendenza tra atto causativo e danno economico (come ad esempio può verificarsi nell'ipotesi delittuosa dell'infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c., in cui il danno patrimoniale è il prodotto intenzionale di un atto di disposizione di beni sociali); il concetto di *nocumento*, invece, assume una portata più ampia e generica fino ad abbracciare tutte le potenzialità economicamente pregiudizievoli (siano esse dirette, indirette o solo possibili) originate dal fatto collusivo compiuto dal soggetto qualificato con il terzo corruttore.

Il legislatore del 2002, che per primo varò la norma dell'art. 2635 c.c. (seppur diversamente intitolata) nella relazione al d.lgs. 61/2002, nella parte in cui illustrava (par. 2) l'inserimento dei reati d'infedeltà patrimoniale e d'infedeltà commessa a seguito di dazione o promessa di utilità, con riferimento a quest'ultima richiama l'orientamento della tutela “...in chiave di protezione del patrimonio sociale, piuttosto

che del solo dovere degli amministratori, trasformando la fattispecie da reato di pericolo a reato di danno...”.

In una relazione e in una legge per nulla perspicua quanto a descrizione delle strutture delle fattispecie e a fini perseguiti (i primi commentatori, con riferimento al d.lgs. 61/2002, parlarono di un fenomeno di disnomia) non può neppure trascurarsi, nel tentativo di una ricostruzione dell'intenzione del legislatore storico, un'altra parte della relazione (il punto 5) in cui nell'affrontare l'argomento dell'”offensività” e nell'evidenziare che “...*l'intervento penale è polarizzato attorno alla tutela di interessi ben definiti...*”, questi vengono individuati non solo nel *patrimonio* e nell'*integrazione del capitale sociale*, ma anche del *regolare funzionamento degli organi sociali*.

Tale riferimento è un significativo indice circa il rilievo che il regolare funzionamento degli organi sociali costituisce un valore suscettibile di protezione; un irregolare funzionamento degli organi sociali è esso stesso una forma di *nocumento* arrecato alla società, che, per l'appunto, si esprime e vive nell'ordinamento attraverso i suoi organi, cosicché, ad esempio, una loro esautorazione, in fatto, produce l'*infarto* dell'ente, per paralisi o anomalo funzionamento del suo cuore o motore propulsivo.

Nocumento e danno, perciò, pur potendo avere un comune segmento nella “patrimonialità”, si differenziano esprimendo due entità di pregiudizio diverso; il *danno* presuppone una stretta dipendenza tra atto causativo ed evento pregiudizievole, il concetto di *nocumento*, invece, assume una portata più ampia e generica fino ad abbracciare tutte le evenienze (non solo economicamente valutabili) pregiudizievoli originate dal fatto collusivo compiuto dal soggetto qualificato con il terzo corruttore.

Il concetto di *danno patrimoniale*, elemento costitutivo del reato d'infedeltà patrimoniale di cui rappresenta l'evento è, di per sé,

esaustivo e assorbe ogni disvalore riconducibile al conflitto d'interessi in cui ha operato l'amministratore; nella prospettiva della tutela apprestata dall'art. 2635 c.c., che si muove sul diverso piano del servizio prezzolato erogato dall'amministratore dell'ente in favore di terzi (oltre che eventualmente per se stesso) ponendosi al di là delle funzioni caratteristiche di una buona amministrazione, intesa nel senso di amministrazione normale (esercitata dai suoi organi non solo nell'interesse dell'ente stesso ma in funzione di un rapporto di dipendenza da questo), il concetto di nocumento ben può comprendere pure la lesione inferta alla società con riguardo al suo *regolare funzionamento degli organi sociali*.

Tale interpretazione oggi trova un autorevole avallo nella sentenza sopra citata della Corte di Cassazione, sez. V penale, n. 5848/2013.

Secondo tale decisione, a differenza del reato d'infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.) che richiede l'adozione di atti di disposizione dei beni sociali, nel delitto di corruzione tra privati possono assumere rilevanza finanche condotte di mera omissione di atti dovuti; e tanto lo si può desumere dallo stesso novero dei potenziali soggetti attivi, i quali non vengono individuati soltanto in coloro che svolgono poteri gestori sui beni della società, ma anche nei soggetti estranei all'attività di amministrazione.

Nella sentenza in esame si sottolinea pure come la formulazione attuale della norma ne rafforza la lettura, in chiave per così dire *realistica* piuttosto che *patrimonialistica*, in ragione dell'introduzione di due significativi elementi di novità:

- la previsione della *distorsione della concorrenza* nell'acquisizione di beni o servizi quale fattore che rende procedibile d'ufficio il reato, dimostra come il valore più importante ritenuto meritevole di protezione per l'ordinamento è il pregiudizio alla fiducia negli operatori commerciali piuttosto che al patrimonio;

- l'espresso riferimento della rilevanza della *violazione di obblighi di fedeltà*, il cui inserimento se necessario in ragione dell'individuazione tra i soggetti attivi anche dei soggetti subordinati alla direzione e/o vigilanza di chi esercita in posizione apicale poteri di amministrazione e di controllo, assume, pure, il valore di una sottolineatura generalizzante, individuando il contenuto di disvalore rilevante anche nelle deviazioni al funzionamento fisiologico dell'organizzazione societaria. I soggetti sottoposti alle figure apicali operanti nell'amministrazione e nel controllo non sono certo forniti di diretti poteri dispositivi sul patrimonio.

Di tali elementi di novità la lesione della concorrenza, però, richiede alcune considerazioni critiche.

5. La lesione della concorrenza

Ulteriore rilevante questione è quella dell'individuazione del concetto di distorsione della libertà di concorrenza, ricorrendo la quale il reato diviene procedibile *ex officio*. Si tratta, all'evidenza, di una categoria dai contorni sfumati, la cui fluidità potrebbe incoraggiare fenomeni di epigenesi normativa, con una vera e propria formulazione *a posteriori* di una parte della norma su base puramente interpretativa¹³⁷.

Non è, tuttavia, elemento sufficiente e neppure necessario alla realizzazione del reato. Esso, infatti, lungi dal costituire un evento alternativo al nocumento, si aggiunge a questo. Non solo è di contenuto assai fumoso, ma la sua stessa collocazione all'interno della fattispecie non pare adeguata a cogliere la rilevanza di maggiore

¹³⁷ PADOVANI T., *La messa "a libro paga" del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in AA.VV., *Legge anticorruzione: disciplina amministrativa e modifiche al codice penale*, suppl. a Guida al diritto, 2012, p. 109.

disvalore che il suo verificarsi si ritiene possa imprimere al *fatto* corruttivo.

E' possibile delineare come il diverso combinarsi dei fattori del nocumento e della distorsione della concorrenza incida sulla sussistenza-insussistenza del reato e della sua procedibilità:

- ❖ insussistenza del nocumento / sussistenza della distorsione della concorrenza = il reato non sussiste;
- ❖ sussistenza del nocumento / insussistenza della distorsione della concorrenza = il reato è procedibile a querela;
- ❖ sussistenza del nocumento + sussistenza della distorsione della concorrenza = il reato è procedibile d'ufficio.

Le alternative, tuttavia, sono destinate a complicarsi a seconda del significato da riconnettere all'espressione *distorsione della concorrenza*; non si comprende, infatti, se questa debba riguardare l'ente in cui ha operato il soggetto infedele oppure se debba (o possa anche) riguardare gli interessi di soggetti economici estranei all'ente in cui ha operato il soggetto infedele.

Nella definizione della distorsione della libertà di concorrenza si potrebbe, anzitutto, tenere conto dei principi di diritto elaborati in riferimento alle norme a tutela di tale bene previste dal codice penale (es. artt. 513, 353, 354) nonché dal codice civile (artt. 2595, 2598).

Ugualmente, dovrebbero considerarsi anche le norme sovranazionali a tutela della libertà di concorrenza contenute negli artt. 81 e 82 del Trattato istitutivo della CE (art. 1 legge 287/1990). Così, ad esempio, avuto riguardo ai principi ivi contenuti, potrebbero essere ritenute discorsive della libertà di concorrenza tutti gli accordi tra imprese che abbiano per oggetto e per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza, a meno che gli stessi risultino comunque

giustificabili, avendo conseguito uno degli obiettivi indicati nel criterio di ragionevolezza desunto dall'art. 81, par. 3 del Trattato CE¹³⁸.

Ancora, avuto riguardo a quanto previsto dall'art. 82 del Trattato CE potrebbero configurare una distorsione della concorrenza accordi recanti prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni commerciali non eque; ovvero l'applicazione, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti; oppure forme di vincoli e condizionamenti (conclusione di contratti subordinata all'accettazione di prestazioni supplementari) non aventi alcun nesso con l'oggetto dei contratti.

Risulta evidente che, in questo modo, la possibilità di ampliare la procedibilità d'ufficio del reato risulta molto estesa, con il rischio di un sovradimensionamento dell'ambito applicativo della norma, chiaramente distonico rispetto alla struttura di una fattispecie per la quale la regola è quella della procedibilità su impulso (e correlative valutazioni anche di opportunità) della persona offesa.

Il punto è che, il concetto di distorsione della concorrenza è un elemento normativo che dipende da un processo valutativo particolarmente complesso, che dovrebbe essere oggetto di accertamento in concreto e nell'ambito di categorie di beni e prestazioni omogenee. Peraltro, anche all'interno della medesima categoria, appare chiaro che siffatto giudizio attinge molteplici variabili che diventano anche più sfuggenti nel giudizio comparativo riguardante le prestazioni, al di fuori dei casi limite in cui risulti chiaro, ad esempio, che un bene o un servizio di trascurabile valore è stato pagato da una società a un prezzo oggettivamente esoso in quanto il

¹³⁸ Ai sensi dell'art. 81, par. 3, Trattato CE detti obiettivi sono quelli identificabili negli accordi che: contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico; riservino agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne derivano; impongano le sole restrizioni indispensabili per raggiungere tali obiettivi; non diano alle parti la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.

suo amministratore ha concluso il relativo contratto perché beneficiario indebitamente dal venditore.

Così, vi è da chiedersi se possa ritenersi distorta la libertà di concorrenza nel fatto dell'amministratore che, dietro compenso, procuri alla società da lui gestita servizi di vigilanza a un prezzo maggiore di quello ottenibile da altra società che, però, eroghi dette prestazioni secondo uno *standard* qualitativo più basso, benché comunque funzionale al raggiungimento dell'obiettivo per il quale i servizi sono stati commissionati. O, ancora, se, tale fenomeno sia riscontrabile nella condotta di chi impegni la società amministrata, perché indebitamente remunerato, all'acquisto di un quantitativo rilevante di *computer* ad alte prestazioni ad un prezzo più oneroso di quello praticato da altro venditore per la fornitura dei medesimi beni di una diversa marca che, pur avendo prestazioni minori, sarebbero stati comunque in grado di soddisfare le esigenze del compratore.

In ambedue i casi, pur essendosi in presenza di un esborso per la società maggiore di quello che sarebbe stato possibile realizzare *aliunde*, si potrebbe escludere la distorsione della concorrenza ove risultasse che la transazione aveva comunque una valida giustificazione: ad esempio, garantire una maggiore efficienza dei servizi, o un utilizzo dei beni più durevole nel tempo.

Questo tipo di accertamento, peraltro, tende inevitabilmente a sovrapporre, almeno in parte, i profili del danno e della distorsione della concorrenza, così come indirettamente confermato dal testo della norma che significativamente parla di "distorsione" derivante dal fatto inteso nella sua globalità, ditalché appare condivisibile quanto rilevato in merito alla circostanza che la distorsione della concorrenza, configurato come una sorta di vero e proprio doppio evento di reato, finisce per "*dipendere direttamente dal nocumento patrimoniale subito*

dalla società persona offesa, la cui produzione resta imprescindibile anche qualora il reato diventi perseguibile d'ufficio''¹³⁹.

E, dunque, come per il reato di cui all'art. 513 c.p. (*Turbata libertà dell'industria o del commercio*) torna ad affacciarsi il dilemma tra un significato in termini macro-economici, qualora si ritenga che la norma voglia tutelare l'ordinato svolgimento delle industrie e del commercio, e un significato in termini micro-economici, qualora si ritenga che la norma tuteli, invece, il diritto individuale al libero svolgimento delle attività industriali e commerciali.

In tale ultima prospettiva il diritto individuale non potrebbe essere se non quello dell'ente in cui ha operato il soggetto infedele.

Se, infatti, importasse la lesione alla libera concorrenza di un soggetto estraneo a tale ente, siccome solo il nocumento all'ente determina l'integrazione del reato, in assenza di questo la lesione alla libera concorrenza in termini macroeconomici che il patto corruttivo avesse prodotto è destinato a rimanere (paradossalmente) in un ambito d'irrelevanza penale.

Solo, perciò, la concentrazione del doppio evento (nocumento + lesione del diritto individuale al libero esercizio del commercio) nello stesso soggetto, ossia nell'ente in cui abbia operato il soggetto corrotto, può determinare l'integrale formazione della fattispecie incriminatrice procedibile d'ufficio.

L'effetto è esorbitante rispetto ai fini, giacché se il pregiudizio è tutto tarato sul medesimo soggetto privato, sembrerebbe avere poco senso scomodare una procedibilità d'ufficio per un'aggiunta di gravità del fatto suscettibile di essere valutata come non tanto diversa dal pregiudizio economico prodottosi; solo una lesione ad un bene di più generale portata e sovraindividuale, in quanto ritenuto evento alternativo di effettiva maggiore gravità avrebbe potuto giustificare il passaggio da una procedibilità a querela ad una procedibilità d'ufficio.

¹³⁹ Così BRICCHETTI R., *Corruzione tra privati: la mutazione dell'etichetta*, in AA.VV., *Legge anticorruzione*, cit., p. 134.

La soluzione adottata probabilmente sconta una sorta di timidezza o di incertezza nell'individuazione del bene giuridico protetto e mostra, in forma paradigmatica, come il fenomeno corruttivo tra privati avrebbe richiesto un più approfondito scrutinio degli effetti pregiudizievoli che produce nell'ordinato svolgersi delle relazioni sociali, non suscettibili di essere ridotte solo a quanto possa riguardare la singola società commerciale.

6. Limiti di previsione

Pur rimanendo nel campo di applicazione della norma limitata alle attività di commercio, economiche e finanziarie, si sarebbe potuto evitare di restringere la rilevanza penale della corruzione tra privati alle società commerciali. Sarebbe, infatti, sufficiente volgere l'attenzione agli enti *no profit*, alle fondazioni, spesso coinvolte in affari economico-finanziari di tutto rilievo (come è avvenuto di recente per le fondazioni che gestiscono strutture ospedaliere private convenzionate con il sistema sanitario nazionale).

Se, peraltro, si provi a uscire dall'ambito di tutela dell'attività commerciale di cui all'art. 2635 c.c., ci si accorge che fenomeni di corruzione tra privati possono riguardare anche aree diverse in cui si rinvencono centri di potere quali possibili oggetto di mercimonio. Avrebbe potuto essere oggetto di osservazione il settore dell'intermediazione in senso lato, in cui può accadere che l'intermediario serva meglio il soggetto dal quale riceva una gratificazione economica nascosta a discapito del concorrente, che nella correttezza dell'intermediario abbia errato a riporre la propria fiducia.

E, sempre a titolo esemplificativo, si prenda in considerazione quanto può avvenire nella giustizia arbitrale; si tratta di una giustizia in cui, per antonomasia, si regolano interessi di natura economica.

In un recente caso trattato dalla Corte di Cassazione, sezione VI penale, n. 5901/2013, era stato contestato ad un consulente tecnico d'ufficio nominato in un procedimento arbitrale tra due importanti società per azioni di avere messo a disposizione la sua funzione subordinandola agli interessi di una delle società in lite, dalla quale aveva ricevuto indebiti vantaggi.

La contestazione faceva riferimento ad un'ipotesi di corruzione propria ex art. 319 c.p. assumendo che il consulente tecnico d'ufficio avesse rivestito la qualità di incaricato di pubblico servizio.

La Corte, sulla base di un orientamento consolidato, aveva buon gioco a escludere la sussistenza del reato ipotizzato, sottolineando che:

- ✓ l'arbitrato ha natura privatistica e si configura come rinuncia all'azione giudiziaria e alla giurisdizione dello Stato e come opzione per la soluzione della controversia sul piano privatistico (cass. civ., n. 14182 del 2002, n. 527 del 2000, n. 5527 del 2001);
- ✓ il lodo arbitrale, che costituisce una decisione per la soluzione sul piano privatistico non può in alcun modo accostarsi ad un *dictum* giurisdizionale e che tale carattere è stato accentuato dalla legge 25/1994, senza che le modifiche apportate dal d.lgs. 40/2006 possano condurre ad una diversa linea costruttiva dell'istituto;
- ✓ gli arbitri sottoscrittori del dispositivo del lodo arbitrale non hanno la veste di pubblici ufficiali autorizzati dalla legge ad attribuire pubblica fede a quelle dichiarazioni (cass. civ., sez. I, n. 1409/2004).

Correttamente, perciò, concludeva come fosse “...evidente il paradosso di attribuire al consulente tecnico d'ufficio, che ha nel procedimento una mera funzione ausiliaria in un contesto privatistico, una qualificazione di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio che non hanno neppure gli arbitri che l'hanno nominato. Né a

tal fine giova il richiamo... all'art. 64 c.p. il quale dispone che ai consulenti tecnici d'ufficio si applicano le disposizioni del codice penale relative ai periti e, dunque, anche l'art. 358 c.p., inerente la qualifica di incaricato di pubblico servizio, trattandosi all'evidenza di consulenti nominati in ordinari procedimenti civili... ”.

Evidentemente tutto ciò è giuridicamente esatto; ma, allora, proprio per questo, quando ci si sposta sul versante della normativa riguardante il fenomeno corruttivo in ambito privato, la giustizia arbitrale non avrebbe meritato un po' di considerazione?

7. Limiti di coordinamento

E' assai difficile perseguire il delitto di corruzione tra privati.

Non solo per le caratteristiche della procedibilità a querela, ma anche per le stesse possibilità investigative (i limiti edittali della pena non consentono l'attività di intercettazioni telefoniche e la richiesta di misure cautelari personali) e per il rischio di prescrizione del reato, anch'esso conseguente (in mancanza di un ripensamento della disciplina della prescrizione) ai limiti di pena.

La difficoltà d'impostare indagini sulla corruzione tra privati si traduce nella perdita d'occasione per avvicinarsi alla conoscenza di comportamenti più gravi di alterazione della libera concorrenza o di soprusi in ambito economico finanziario, giacché la stessa corruzione tra privati pur come disegnata con i suoi caratteri angusti dal legislatore italiano potrebbe essere spia di fatti più gravi e/o sistemici¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Al riguardo lo stesso ex Ministro della Giustizia, Paola Severino, affermava il legame esistente tra corruzione (in senso lato) e altre fattispecie criminose quali il falso in bilancio, l'evasione fiscale e il riciclaggio; adoperando, a riguardo, l'immagine di “reato calamita”, a proposito della corruzione, proprio perché sembra ben rappresentare il circuito “criminale” che tale fenomeno è in grado di alimentare a monte e a valle, in *Dir. Pen. e Proc.* 1/2013, p. 12.

Evidentemente non si è voluto fornire possibilità più penetranti.

L'impressione di fondo rimane quella della costruzione di una norma proprio perché (in base alle direttive europee) non se ne poteva fare a meno, ma la non volontà di mettere in piedi una regola penale efficace si è tradotta in scelte anemiche e disnomiche, talvolta dovendosi pure rilevare, ad esempio, strane manchevolezze di raccordo con altri reati.

E' il caso, sempre rimanendo sul terreno strettamente economico, del rapporto tra l'art. 2635 c.c. e l'art. 223 della legge fallimentare¹⁴¹.

E' la storia di un rapporto inesistente, giacché nel II co. dell'art. 223 l.f. non è menzionato l'art. 2635 c.c.

Non è di agevole comprensione tale esclusione.

A seguito della riforma dell'art. 223 l.f., avvenuta col d.lgs. 61/2002, gli amministratori, i direttori generali, i liquidatori nonché i sindaci, i quali abbiano cagionato o concorso a cagionare il dissesto della società, commettendo taluni dei fatti previsti dagli artt. 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633, 2634 c.c., sono puniti con la pena prevista dal I comma dell'art. 216 l.f.

L'art. 2635 c.c. prende in considerazione la condotta infedele di amministratori, direttori generali, liquidatori, sindaci e i soggetti sottoposti alla loro direzione o vigilanza, in quanto quella condotta abbia cagionato un nocumento alla società.

E' ben possibile che tale nocumento sia così significativo da non costituire soltanto un danno patrimoniale di rilevante gravità ma da porsi esso stesso come causa o concausa di un dissesto economico-finanziario della società.

¹⁴¹ Art. 223 l.f.- Fatti di bancarotta fraudolenta- *Si applicano le pene stabilite nell'art. 216 agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate fallite, i quali hanno commesso alcuno dei fatti previsti nel suddetto articolo.*

Si applica alle persone suddette la pena prevista dal primo comma dell'art. 216, se:

- *hanno cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società, commettendo alcuno dei fatti previsti dagli articoli 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633, 2634 del codice civile;*
- *hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società;*

Si applica altresì in ogni caso la disposizione dell'ultimo comma dell'art. 216.

Non si vede perché, intervenuto il fallimento della società, il compimento del fatto previsto dall'art. 2635 c.c. (commesso da amministratori, sindaci o liquidatori) debba rimanere privo d'ogni considerazione normativa nella costruzione della c.d. bancarotta impropria contemplata nel n. 1 del II co. dell'art. 223 l.f.

Si potrebbe ipotizzare che il legislatore nella costruzione della fattispecie di cui all'art. 2635 c.c. avesse in mente un'ipotesi assolutamente priva di consistenza sotto il profilo dello stesso *danno criminale* provocabile alla società persona offesa; sarebbe stato impiegato il termine “nocumento” e non “danno” per rimarcare la configurazione di un fenomeno foriero di conseguenze risibili e circoscritte dalle quali certo sarebbe stato assai lontano un evento di dissesto¹⁴².

Secondo altra più sostenibile prospettiva, è possibile ritenere che il legislatore abbia implicitamente considerato come nell'opinione consolidata della giurisprudenza proprio le condotte d'infedeltà di soggetti qualificati erano assunte a paradigma delle operazioni dolose prese in considerazione nell'ipotesi contemplata dal n. 2 del II co. dell'art. 223 l.f.¹⁴³.

Secondo la giurisprudenza, infatti, le operazioni dolose andrebbero ravvisate in qualunque atto di natura patrimoniale compiuto dall'agente con violazione dei doveri o abuso di poteri inerenti alle sue funzioni, ossia proprio nelle condotte che possono caratterizzare la fattispecie dell'art. 2635 c.c.

I dubbi, tuttavia, permangono giacché se la riconduzione nella categoria delle operazioni dolose delle condotte rilevanti ex art. 2635 c.c. rende queste ultime suscettibili d'integrare il reato di bancarotta

¹⁴² Sulla nozione di nocumento in termini di categoria più generale rispetto al concetto di danno, v. *supra*, par. 4.

¹⁴³ In base a tale disposizione sono puniti con la pena prevista dall'art. 216, I co., l.f. (reclusione da tre a dieci anni) gli amministratori, i direttori generali, i sindaci, i liquidatori di società dichiarate fallite se hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società.

impropria alla stregua della previsione di cui al n. 2 del II co. dell'art. 223 l.f., come interpretato dalla giurisprudenza prevalente, e spiega, pertanto, la non menzione dell'art. 2635 c.c. all'interno dell'ipotesi di cui al n. 1 del II co. dell'art. 223 l.f., diventa, per converso, inspiegabile il riferimento, in tale ultima previsione, all'art. 2634 c.c. (infedeltà patrimoniale), la cui condotta è analogamente sovrapponibile a quel tipo di comportamenti infedeli che la giurisprudenza qualificava come tipiche operazioni dolose prese in considerazione nel n. 2 del II co. dell'art. 223 l.f.¹⁴⁴.

L'impianto normativo, perciò, non appare comunque appagante sotto il profilo della coerenza logica e dell'armonia d'insieme.

Anche su di un altro versante può, questa volta in termini più allarmanti, ravvisarsi una vistosa lacuna. La condotta del reato in esame, infatti, è a forma libera; ciò che la norma richiede è l'incontro di volontà tra il soggetto al quale si riconnette il potere e il soggetto che, attraverso l'offerta o la dazione di danaro o altra utilità, "piega" quel potere in suo favore. Benché la rubrica si riferisca all'area delle relazioni tra privati usando il termine *corruzione*, il precetto sembra coprir anche il fenomeno della *concussione*. Potrebbe, infatti, essere ricondotta nella fattispecie incriminatrice l'ipotesi in cui sia l'amministratore dell'ente giuridico ad assumere l'iniziativa verso la platea dei soggetti terzi interessati al compimento di un affare inducendoli a versare una tangente per l'acquisizione di un qualsiasi tipo di commessa (ad esempio un subappalto) e il terzo soggiaccia a tale tipo di prevaricazione. In tale situazione, il reato può ritenersi commesso solo qualora l'ente giuridico, nel quale ha operato l'amministratore artefice della concussione, abbia subito un qualche nocumento.

Nell'ipotesi in cui, invece, l'ente giuridico per il quale ha agito l'amministratore concussore (e, in linea astratta, infedele) non abbia

¹⁴⁴ MAZZOTTA G., *Il delitto di corruzione tra privati*, in AA.VV., *I nuovi delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2013, p. 427 ss.

risentito di alcun tipo di documento, tutto riversatosi sui terzi esclusi dall'assegnazione del subappalto, in conseguenza del loro rifiuto al versamento del prezzo della concussione, nessun reato sembrerebbe neppure ipotizzabile in astratto; senza considerare che l'amministratore autore della concussione ben potrebbe operare in accordo con l'ente giuridico in nome e per conto del quale svolge le sue funzioni gestorie. Il che produce una situazione in cui alla pratica concussiva da parte di un ente giuridico (ad esempio, interessato alla precostituzione di una provvista in nero da utilizzare per ulteriori attività corruttive, magari in ambito pubblico), l'ordinamento non appresta alcun tipo di risposta sanzionatoria.

8. Conclusioni intermedie

L'introduzione nel nostro ordinamento del reato di cui all'art. 2635 c.c., pure nella rivisitazione che di esso ha operato il legislatore del 2012, può considerarsi come non più che una timida tappa di avvicinamento verso l'elaborazione di un sistema punitivo del fenomeno della corruzione in ambito privato. E', questo, fenomeno di portata assai vasta e di difficile definizione; esso, come correttamente è stato sostenuto¹⁴⁵, può, infatti, valutarsi solo nei termini negativi di mercimonio di funzioni tra soggetti privi di qualifiche pubblicistiche.

La norma dell'art. 2635 c.c., limitata al particolare settore delle società commerciali, copre, evidentemente, solo uno spicchio della più vasta area (di natura privata), nella quale il fenomeno corruttivo può manifestarsi. A livello europeo gli Stati membri sono stati, del resto, più volte sollecitati ad affrontare la corruzione in ambito privato in ogni settore nel quale essa si manifesta.

¹⁴⁵ R. ACQUAROLI – L. FOFFANI, *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 3.

Sotto tale profilo, può, intanto, affermarsi che il legislatore italiano, limitandosi a introdurre la norma sopra menzionata solo nella realtà delle società commerciali, ha recepito in minima parte le istanze espresse in seno all'Europa.

La scelta, per così dire, "riduttiva" del legislatore italiano non ha riguardato solo il terreno nel quale innestare la nuova fattispecie incriminatrice.

Pure la dimensione teleologica della norma ha finito con il rivelarsi assai più angusta rispetto alle esigenze di tutela manifestatesi in sede sopranazionale.

Cosicché, se in tale sede si è posto l'accento sugli effetti distorsivi della corruzione sullo stesso funzionamento dello Stato di diritto, sulla concorrenza, sul corretto sviluppo economico, il legislatore italiano non ha voluto proteggere altro bene se non il versante economico della società commerciale la quale, per effetto di un suo operatore "corrotto", abbia subito un nocumento, rimanendo sullo sfondo un possibile pregiudizio del diritto individuale alla libertà di commercio, di difficile definizione e, che, comunque, non coglie le esigenze di effettiva tutela della concorrenza nella sua dimensione macro-economica.

La prospettiva di protezione, tutta interna all'ente societario, ha così trascurato la dimensione del pregiudizio che la corruzione produce all'esterno della società commerciale, della quale l'operatore corrotto sia espressione.

La struttura della norma dell'art. 2635 c.c. è, in tal senso, paradigmatica: essa esprime la volontà di punire il soggetto qualificato che, con il proprio agire corrotto, abbia arrecato un danno all'ente, di cui è parte, allo stesso tempo manifestando disinteresse punitivo se da quello stesso agire sia derivato un danno alla vasta platea di soggetti che operano fuori di quell'ente.

All'assenza d'intervento sugli effetti che la corruzione produce all'esterno dell'ente societario, di cui il corrotto è parte, si accompagna, d'altra parte, l'*inutilità* di una previsione incriminatrice protesa alla tutela esclusiva del patrimonio, già oggetto di altre tradizionali ipotesi di reato.

Sotto altra prospettiva, l'estrema parcellizzazione delle funzioni, il collegamento dialettico tra di queste rendono assai improbabile che al comportamento doloso di un soggetto non corrisponda quanto meno un comportamento distratto di altro soggetto, anch'egli inserito nel medesimo organigramma societario. Assai difficilmente, perciò, vi potrà essere propensione alla denuncia del comportamento corrotto, da parte del soggetto, il quale le conseguenze di quel comportamento avrebbe potuto evitare sol che fosse stato più attento, almeno per sottrarsi alle responsabilità per i danni colposamente non impediti.

Nel tentativo del superamento della timidezza del legislatore del 2002, che non se l'era sentita di introdurre un reato intitolato "*corruzione tra privati*", il legislatore del 2012 non è andato molto oltre la modifica di nomenclatura di un reato, che non solo continua ad essere ancora lontano dal coprire la corruzione nel settore privato in generale, ma che si era già rilevato di pressoché inesistente applicazione giurisprudenziale¹⁴⁶.

¹⁴⁶ La prima pronuncia della Cassazione in dieci anni di vigenza della norma è la sentenza emessa da *cass. pen., sez. V penale, n. 5848/2013*.

CAPITOLO QUINTO

LA CORRUZIONE TRA PRIVATI : DIRITTO COMPARATO E PROSPETTIVE DI RIFORMA

1. Premessa

Disposizioni relative alla corruzione fra privati si ritrovano in tutte le legislazioni dei Paesi europei: la maggior parte dei Paesi prevedono queste disposizioni nel codice penale e, a volte, anche in leggi speciali. Alcuni Stati, perché non hanno un codice penale come, ad esempio, l'Inghilterra e il Galles, oppure per altre ragioni, hanno previsto disposizioni penali in altre leggi, come il codice di commercio o il codice del lavoro; oppure hanno emanato leggi speciali, come il *Prevention of Corruption Act* inglese, o, addirittura, un insieme di leggi speciali, relative non solo alla corruzione commerciale, ma anche alla frode, allo spionaggio economico, alla corruzione dei testimoni, alla corruzione negli spettacoli di gioco televisivi o alla corruzione nello sport.

Per quanto riguarda gli elementi e l'ampiezza della fattispecie del reato di corruzione fra privati, è importante definire quali *interessi* debbono essere protetti, in altre parole, quali preoccupazioni di politica legislativa sono dietro le leggi contro la corruzione. Si possono distinguere tre principali obiettivi.

La *promozione della concorrenza* è la più ampia giustificazione politica della fattispecie; essa mira a proteggere la concorrenza libera e leale e le condizioni per il funzionamento del mercato. La corruzione tra privati è considerata come un fattore che distorce o impedisce la leale concorrenza. Molti Paesi hanno una legge che la condanna come

pratica sleale di commercio (Germania, Svizzera, Repubblica ceca, Inghilterra).

Altri Stati criminalizzano la corruzione fra privati perché mette in pericolo e viola i *rapporti di impiego*, in particolare i legami di obbligo e lealtà dovuti dall'impiegato nei confronti del suo datore di lavoro. Questa teoria, che caratterizza il rapporto di impiego come "fiduciario", si ritrova nella legislazione di Francia, Paesi Bassi, Giappone e, sotto certi aspetti, Stati Uniti.

Un'altra preoccupazione alla base della criminalizzazione della corruzione fra privati è la condanna, tradizionale, delle pratiche che danneggiano *il patrimonio della società* o *gli interessi degli azionisti*. Questo finisce per essere un approccio alquanto vago, se non è accompagnato da una chiara condanna, da parte del legislatore, della corruzione fra privati o questa è vanificata da requisiti di procedura o dall'insufficienza delle prove. La Svizzera, la Francia, la Spagna e la Corea hanno seguito questa strada; anche il codice penale tedesco prevede il reato di abuso di potere al fine di disporre della proprietà di altri, reato che ha anche aspetti "fiduciari"¹⁴⁷.

Per quanto concerne le pene, per la corruzione tra privati e i reati ad essa collegati sono previste una vasta gamma di sanzioni, principali e secondarie: come sempre, ci sono la detenzione e/o la multa. Le pene accessorie sono sanzioni di tipo finanziario (inclusa la confisca di beni), restrizioni della libertà personale (l'arresto, in Germania), oppure limitazioni della possibilità di svolgere certe attività relative agli affari (perdita di licenze o attestati, divieto di esercizio della professione, esclusione dagli appalti pubblici, ecc.). Talora è prevista la pubblicazione delle sentenze di condanna (Giappone, Paesi Bassi, Svizzera e Stati Uniti). La durata della detenzione, come pena principale, varia considerevolmente e dipende dal regime sanzionatorio

¹⁴⁷ B. HUBER, *Introduzione*, in R. ACQUAROLI-L. FOFFANI, *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 39.

generale del Paese e dal tipo di riprovazione rispetto ai reati di corruzione; si va da un minimo di un anno nei Paesi Bassi e in Italia ad un massimo di dieci anni negli Stati Uniti. La durata media va dai tre ai cinque anni. A volte sono previste pene di diversa durata per la corruzione attiva e per quella passiva. Possono essere imposte sanzioni pecuniarie di notevole entità, largamente utilizzate sia ai fini punitivi sia per porre nel nulla i profitti del reato. Fornire la prova (necessaria) dell'origine illecita dei profitti è un problema nella maggior parte degli Stati. In alcuni Stati, è stata, perciò, prevista l'inversione dell'onere della prova o un allentamento dei requisiti richiesti per la confisca dei proventi di reato.

2. Il dibattito dottrinale in Europa

Sul piano dottrinale, sono da un lato le violazioni dei doveri da parte del corrotto e dall'altro l'aggressione portata alla concorrenza leale, i due poli del dibattito sulla connotazione illecita tipica della corruzione nel settore privato.

Per un importante settore dottrinale il nucleo di antigiuridicità della condotta del dipendente di uno stabilimento commerciale che nel traffico economico accetta un vantaggio come controprestazione per favorire in maniera sleale un concorrente, si radica nel fatto che questi *viola i doveri* che lo vincolano al titolare di tale stabilimento¹⁴⁸, vale a dire all'imprenditore. Si intende così che il dipendente che ottiene profitti in cambio della decisione di favorire un concorrente viola gli obblighi che ha assunto con il datore di lavoro. Questa prospettiva si incentra essenzialmente nella tutela dell'impresa che impiega il corrotto, la quale risulta pregiudicata quando questi viola i suoi doveri.

¹⁴⁸ JAUQUES, *Die Bestechungstatbesande*, p. 94.

Si concepisce la corruzione come una forma di violazione degli obblighi che vincolano il dipendente con il datore di lavoro, che paga il dipendente per l'accettazione e realizzazione di una determinata attività e che si aspetta da lui un *comportamento leale*¹⁴⁹. La lealtà del dipendente è un obbligo che normalmente si ricava espressamente o implicitamente dalla relazione giuridica che esiste con il suo datore di lavoro (il contratto, altre norme o regolamenti professionali propri di un determinato settore commerciale, ed anche la legge). Il pagamento di una somma come conseguenza dell'accordo fra il dipendente e il corruttore dà luogo ad una "deviazione di interessi", perché il dipendente non agisce più in maniera esclusiva nell'interesse dell'imprenditore, bensì nel suo proprio interesse; potendosi derivare da ciò importanti effetti negativi per il patrimonio dell'imprenditore.

Dunque, concepito il delitto in questa maniera, colui che realmente viola i suoi obblighi è il dipendente corrotto, non il corruttore. Come si spiega pertanto la sanzione della corruzione attiva? Quella del concorrente che nel traffico economico offre al dipendente di uno stabilimento commerciale un vantaggio come controprestazione affinché questi lo favorisca in maniera sleale?

Si è soliti affermare che si sanziona il corruttore perché lede la lealtà della concorrenza. Il corruttore infatti agisce con una intenzione specifica molto chiara, quella di ottenere una posizione di privilegio nella concorrenza di fronte ad altri concorrenti. Questa componente soggettiva, tuttavia, non è rilevante per determinare l'interesse protetto, in quanto la condotta del corruttore che corrompe un impiegato non solo *non altera la concorrenza*, bensì potrebbe (al limite) giungere addirittura ad avere effetti positivi per i concorrenti, nella misura in cui i corruttori si vedano obbligati a rincarare i prodotti come conseguenza del pagamento dei corrotti¹⁵⁰. Pertanto, la lealtà della concorrenza non costituisce l'oggetto giuridico leso da parte del corruttore, in quanto il

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 96.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 99.

modello astratto della concorrenza non è di per sé stesso lesionabile, bensì con la sua alterazione si può soltanto pregiudicare alcuno dei partecipanti al mercato¹⁵¹, cioè alcuno dei concorrenti. In definitiva, se l'essenziale è la violazione dei doveri da parte del corrotto, il corruttore con la sua offerta, apporta lo stimolo affinché il dipendente violi i suoi obblighi. Da ciò deriva che, anche quando i comportamenti del corruttore e del corrotto siano sanzionati in maniera indipendente, il pagamento di una somma da parte di un concorrente (corruzione attiva) non cessa di essere, da questa prospettiva, una specie di “partecipazione”¹⁵² nel comportamento illecito del corrotto. E ciò indipendentemente dal fatto che per il corruttore la violazione degli obblighi da parte del dipendente non sia che un fine intermedio necessario per conseguire il fine principale: risultare beneficiario nella concorrenza.

Certamente, non costituisce un delitto di corruzione la condotta dell'*imprenditore che riceve un pagamento da parte dei concorrenti*, perché questi pagamenti presuppongono una libera controprestazione¹⁵³. Più problematica risulta tuttavia la qualificazione della condotta consistente nel *pagamento all'impiegato* o al dirigente *da parte del concorrente*, con conoscenza da parte dell'imprenditore. Wassermann qualificava questi casi nel 1931¹⁵⁴ come “tangente alla luce del sole” (*entschleierte Schmiergelder*)¹⁵⁵. Quell'Autore differenziava due modalità di pagamento: tangente totalmente o parzialmente alla luce del sole. Nella tangente parzialmente alla luce del sole l'imprenditore ha conoscenza solamente del pagamento effettuato nei confronti dei suoi dipendenti e lo consente. Nella

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 103.

¹⁵² *Ibidem*, pp. 100-101.

¹⁵³ In questo senso, HIRSCHENKRAMER, *Fallen 'entschleierte Schmiergelder' unter §12 UWG?*, p. 133.

¹⁵⁴ WASSERMANN, *Verschleierte Schmiergelder und ähnliches*, p. 533 ss.

¹⁵⁵ *Schmiergelder* significa mazzetta o bustarella e deriva dal verbo *Schmieren*, “corrompere”. *Entschleierte* deriva dal verbo *entschleiern*, che significa svelare, scoprire, rivelare.

tangente totalmente alla luce del sole il vantaggio viene corrisposto al dipendente attraverso il datore di lavoro, il quale funge da intermediario nel pagamento. Questa distinzione, nuova in quel momento, manca attualmente di rilevanza giuridica. La cosa fondamentale, affinché l'offesa sia esclusa, oggi è che il pagamento si realizzi con una piena conoscenza da parte dell'imprenditore e non alle sue spalle¹⁵⁶.

Dunque, nella prospettiva della violazione del dovere *non sarà delittuosa* la condotta consistente nel pagamento di una somma da parte del concorrente al dipendente o dirigente, con conoscenza da parte del datore di lavoro.

Un'interessante variante, nella linea della violazione del dovere, è la posizione sostenuta da Jacques nella dottrina tedesca. Questo autore ritiene che nelle moderne imprese, nelle quali esiste una divisione del lavoro, sia impossibile che l'imprenditore adotti tutte le decisioni in maniera individuale soprattutto quando si tratta di grandi affari. Data la globalizzazione delle relazioni economiche, è necessario che l'imprenditore possa delegare funzioni ad altre persone. E' evidente che l'imprenditore delega funzioni a favore di quelle persone nelle quali ripone fiducia e che considera idonee per salvaguardare i suoi interessi (quasi sempre patrimoniali)¹⁵⁷.

Dunque, la delega di funzioni ha normalmente come fondamento una *relazione giuridico-obbligatoria*, che determina i diritti e gli obblighi di ciascuna parte nell'ambito dell'autonomia privata, dovendo colui che assume le funzioni delegate farlo in modo diligente e leale, ciò che si viola quando si accetta una tangente¹⁵⁸.

A giudizio di Jacques, la delega di funzioni a impiegati e dirigenti è di importanza fondamentale per l'organizzazione dell'ordine economico, ragion per cui esiste un *interesse generale* alla sua tutela. Non è

¹⁵⁶ HIRSCHENKRAMER, *op. cit.*, p. 131.

¹⁵⁷ JACQUES, *op. cit.*, p. 110-112.

¹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 112-113.

sproporzionata, perciò, la sanzione penale di questa forma di violazione di obblighi giuridici. In definitiva, questo autore conclude che la punizione della corruzione nel settore privato è diretta a proteggere le relazioni obbligatorie fra gli impiegati e i dirigenti, da un lato, e gli imprenditori, dall'altro lato, al fine di garantire la delega di funzioni e competenze nell'ambito economico¹⁵⁹.

La linea della violazione di doveri da parte di impiegati e dirigenti è quella seguita dalla Convenzione sulla corruzione del Consiglio d'Europa, quando richiede la sanzione della corruzione nel settore privato. Questo è ciò che si ricava dall'elenco delle ragioni che il Consiglio d'Europa adduce per reprimere penalmente la corruzione nel settore privato¹⁶⁰.

- La lesione di valori tali come la *fiducia o la lealtà*, che sono necessari per il mantenimento e lo sviluppo delle relazioni sociali ed economiche; anche quando non si producono pregiudizi economici per la vittima, la corruzione nel settore privato genera pregiudizi per il complesso della società.
- La garanzia del rispetto della *concorrenza leale*.
- Il *processo di privatizzazione* di importanti funzioni pubbliche (educazione, sanità, trasporti, telecomunicazioni, ecc.), che implica il trasferimento di importanti fondi pubblici e di attribuzioni regolamentari, dovendo proteggersi il pubblico contro gli effetti lesivi della corruzione nelle imprese, per la loro grande importanza sociale.

In realtà, in questa lista, è la prima delle ragioni – la lesione della *fiducia o della lealtà* – quella che acquisisce un primato speciale nella argomentazione del Consiglio d'Europa. In effetti, in altri punti del *Rapport explicatif* si afferma nettamente che l'incriminazione della corruzione nel settore privato ha per oggetto la protezione della fiducia

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 115.

¹⁶⁰ Cfr. *Rapport Explicatif sur la Convention pénale sur la corruption* (STE n. 173), n. 52.

e della lealtà, senza le quali non potrebbero esistere le relazioni private. Per questo la Convenzione prevede che i corrotti agiscano violando i doveri che derivano dalla relazione giuridica che li vincola con l'imprenditore. I diritti ed obblighi che derivano da queste relazioni si trovano regolati nel diritto privato e in gran parte sono disciplinati contrattualmente. Si suppone che l'impiegato, il rappresentante commerciale o l'avvocato debbano esercitare le loro funzioni in conformità al relativo contratto, il quale comporta, espressamente o implicitamente, un obbligo generale di lealtà nella relazione con il superiore gerarchico o il mandante. Questa rappresenta un'obbligazione generale di non agire in violazione dei suoi interessi. Quest'obbligo può, per esempio, essere incluso nei codici di condotta che le imprese private elaborano in maniera sempre più frequente. Per questo, l'art. 7 della Convenzione richiede la "violazione del dovere" da parte dell'impiegato, affinché la corruzione nel settore privato possa essere elevata alla categoria di illecito penale.

Di fronte alla posizione anteriore, la normativa di altri paesi (Germania o Austria, per esempio) considera che la corruzione nel settore privato leda la *concorrenza leale*. Si afferma, in questo senso, che il ricorso alla corruzione dei dipendenti come mezzo per concorrere costituisce la contraddizione più assoluta con l'autentica concorrenza leale¹⁶¹, che si vede falsata a causa di questa pratica. Gli *effetti* sulla lealtà concorrenziale dei comportamenti corrotti nel settore privato incidono direttamente sugli interessi che confluiscono nella concorrenza: "l'interesse privato degli imprenditori, l'interesse collettivo dei consumatori e lo stesso interesse dello Stato al mantenimento di un ordine concorrenziale debitamente ristabilito"¹⁶². Ugualmente, contribuiscono a produrre altre indesiderabili conseguenze.

¹⁶¹ HEFERMEHL-BAUMBACH, *Bestechung von Angestellten. UWG § 12*, n. 1.

¹⁶² Cfr. il Preambolo della legge n. 3 del 10 Gennaio 1991, sulla concorrenza sleale (B.O.E. n. 10, 11 Gennaio).

- Si falsa la concorrenza nella misura in cui si *favorisce in maniera ingiusta un concorrente di fronte ad un altro*. In effetti, il corruttore che, mediante il pagamento all'impiegato o dirigente, risulta selezionato per somministrare beni o servizi alle imprese in questione, riduce le possibilità del resto dei concorrenti, che lavorano con metodi leali per ottenere l'aggiudicazione del contratto¹⁶³. Non si opta per colui che somministra un miglior prodotto, bensì per colui che meglio corrompe. In definitiva, risultano pregiudicati i *concorrenti*, di fronte ai quali il corruttore pretende di ottenere un vantaggio sleale.
- Inoltre, risulta pregiudicata la lealtà concorrenziale, perché il corrotto, quando aggiudica il contratto, non è guidato da una ponderazione fra la qualità e il prezzo dei prodotti, bensì pone in primo piano le considerazioni relative al proprio interesse¹⁶⁴. Pertanto, sono decisivi interessi puramente privati di ordine utilitaristico; in concreto, il profitto che ottiene il corrotto, e non tanto considerazioni relative alla *qualità dei prodotti*. L'impresa acquisisce merci non per ragione della loro qualità, bensì perché il responsabile dell'aggiudicazione del contratto è stato corrotto. Può accadere che il concorrente del corruttore offra una qualità migliore e, ciò nonostante, non risulti scelto, cosicché può giungere a rimanere fuori del mercato. Ciò, a largo termine, può dar luogo all'espulsione dal mercato delle migliori imprese, con la conseguenza di portare alla costituzione di monopoli¹⁶⁵. Inoltre, pure a lungo termine, la

¹⁶³ JAKUES, *op. cit.*, p. 97.

¹⁶⁴ HEFERMEHL-BAUMBACH, *cit.*, § 12, n. 3.

¹⁶⁵ SCHONHERR, Roland, *Vorteilsgewahrung und Bestechung als Wirtschaftsstraftaten. Eine Untersuchung über die Zuweisung dieser Delikte zur Wirtschaftskriminalität durch die Staatsanwaltschaften*, Freiburg, 1985, p. 74.

corruzione può comportare un ostacolo per l'innovazione e la perdita della qualità dei prodotti¹⁶⁶.

- Come conseguenza, si può produrre una specie di reazione a catena, nella quale altri partecipanti al mercato ricorrano a *metodi simili* per cercare di mantenersi in grado di concorrere, la qual cosa nuovamente lede la lealtà concorrenziale. Esiste, pertanto, un importante pericolo di *contagio* di questi comportamenti, che può condurre ad una crisi generale dell'etica degli affari¹⁶⁷.
- Inoltre, l'imprenditore che ha fra i suoi dipendenti un corrotto deve sopportare i *costi di una decisione economicamente irrazionale*, perché si acquisiscono prodotti di peggior qualità. Come conseguenza, ne possono scaturire *pregiudizi di carattere economico* per l'impresa.
- Gli effetti nocivi della corruzione incidono inoltre frequentemente in maniera negativa sui *consumatori*¹⁶⁸. In effetti, si produce un *rincaro non necessario dei prezzi* per i consumatori finali, perché al momento di fissare il prezzo del bene o servizio, il corruttore deve tenere in conto la somma pagata a titolo di tangente.

In definitiva, da questa prospettiva, il contenuto di illecito caratteristico della corruzione nel settore privato è l'offesa (lesione o pericolo) del bene giuridico della concorrenza leale; ciò che esige, per la sua presenza, la constatazione di una perturbazione del funzionamento concorrenziale del mercato. Se non si riscontra, non si avrà delitto; ciò che accadrebbe, per esempio, quando esiste un unico somministratore dei beni o servizi in questione. Posto che in questo caso non vi è concorrenza, non si può affermare la presenza di un delitto se

¹⁶⁶ Così JAKUES, *op. cit.*, pp. 97-98.

¹⁶⁷ Così SCHONHERR, *cit.*, pp. 73-74.

¹⁶⁸ HEFERMEHL-BAUMBACH, *cit.*, § 12, n. 3.

l'impresa somministratrice paga i dipendenti dell'impresa somministrata.

Se l'importante è la concorrenza leale, la conoscenza da parte dell'imprenditore del comportamento del suo dipendente corrotto non dovrebbe assumere rilevanza: là dove si riscontra la lesione della concorrenza, si dovrebbe sanzionare tanto il corrotto come il corruttore. La questione è stata dibattuta ampiamente in Germania, dove nonostante si tuteli la concorrenza leale, curiosamente la sanzione penale non raggiunge l'imprenditore ed è frequente che i produttori di certi beni promettano premi speciali ai venditori dei negozi specializzati e dei grandi magazzini per le vendite (e per la raccomandazione) dei loro prodotti. Questo modo di premiare potrebbe rientrare nella fattispecie di corruzione nel settore privato.

Certamente sono difficili da giudicare i casi nei quali l'imprenditore ha *conoscenza* della promessa del premio al suo dipendente e lo autorizza. In questo caso ciò che fa l'imprenditore è non opporsi al miglioramento delle entrate dei suoi dipendenti, che, al tempo stesso, può comportare per lui un risparmio, non dovendo incrementare lo stipendio del personale. Ciò nonostante, a giudizio dell'orientamento dottrinale che si mantiene su questa linea, a prescindere dall'esistenza della conoscenza o autorizzazione dell'imprenditore, il pagamento dei dipendenti da parte dei concorrenti costituisce una condotta punibile come corruzione nel settore privato per le seguenti ragioni:

- a) se il delitto di corruzione nel settore privato è diretto a proteggere la *concorrenza leale*, l'elemento decisivo non è la slealtà del dipendente con l'imprenditore, bensì il fatto che il concorrente corruttore acquisisca una posizione di preminenza di fronte ai suoi concorrenti. Per questo perde d'importanza il dato del consenso o meno dell'imprenditore al pagamento del

premio¹⁶⁹. Nella misura in cui anche in questi casi risulti lesa la lealtà concorrenziale, si deve ritenere che la condotta sia punibile.

- b) La questione, dunque, è precisamente quella di determinare se la conoscenza dell'imprenditore cancelli la *slealtà*¹⁷⁰. A giudizio di questo settore dottrinale, è così: dal punto di vista della concorrenza fra imprese, l'offerta di premi a dipendenti di altre imprese deve considerarsi qualcosa di estraneo alla concorrenza, perturbatore del funzionamento concorrenziale del mercato. In quest'ordine di idee Hiesermann ritiene che la slealtà risieda nella inclusione di influenze aliene nelle *relazioni di fiducia* esistenti fra l'imprenditore e i suoi dipendenti, necessarie nella moderna economia¹⁷¹.
- c) E' ugualmente sleale, per questo settore dottrinale, la concorrenza che si realizza quando qualcuno paga l'impiegato di altra impresa, perché produce una *distorsione della concorrenza per la società*, per la collettività. Ed è ampiamente comprovato che i compratori tendono ad acquistare quei prodotti che risultano specialmente esaltati da parte del venditore. Il compratore desidera avere una visione completa delle offerte e scegliere il prodotto secondo il proprio giudizio. Crede di venire informato in maniera sufficiente e corretta dei prodotti che si offrono nel mercato. Al venditore si assegna per questo una obbligazione di consulenza. Un dipendente che tiene in considerazione un premio per le vendite si vede condizionato nella sua obiettività¹⁷². Pensa al suo vantaggio personale e offre ai possibili compratori un'immagine

¹⁶⁹ HIESERMANN, Walter, *Verkauferrahmen*, in *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 1964, pp. 222-223.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² *Ibidem*.

manipolata delle offerte del mercato¹⁷³. Decisiva è qui, dunque, la *frode alle aspettative dei compratori*. Il compratore non calcola che il venditore di un negozio è influenzato nella sua consulenza da un terzo che gli offre un premio. Adotta la sua decisione apparentemente libera basandola su una rappresentazione falsa della situazione del mercato.

Le considerazioni di cui sopra non devono comunque intendersi nel senso che *all'imprenditore sia vietato concedere ai suoi dipendenti premi speciali per la vendita di determinati prodotti*. Se si volesse proibire questo, non potrebbe esistere nel settore del commercio nessun salario legato al rendimento, nessuna commissione per rappresentazione, nessun incentivo per le vendite, ecc. In questo senso, si intende che la concessione di tali incentivi per la vendita ai propri dipendenti non lede tale obiettività nella consulenza dei clienti. Il cliente crede normalmente che l'imprenditore agisca in maniera obiettiva. L'imprenditore ha nelle sue mani la possibilità di rivolgere ai suoi clienti buoni o cattivi consigli. Gli imprenditori responsabili cercheranno di offrire la miglior consulenza possibile ai propri clienti, per assicurarsi la loro fedeltà ed una buona reputazione, che garantisce loro un miglioramento dei risultati economici. E il dipendente dovrà fare ciò che gli ordini il suo imprenditore. Ciò che realmente non entra nel calcolo del cliente è che il dipendente possa risultare pagato e influenzato nella sua attività di vendita da parte di un terzo. Ne discende, dunque, che ciò che agli uni non è consentito (pagare dipendenti altrui), lo è per gli altri (incentivare i propri dipendenti)¹⁷⁴.

Di fronte alla linea seguita dalla Convenzione del Consiglio d'Europa, l'Azione Comune dell'Unione Europea opta per questa posizione, affermando che “la corruzione altera la concorrenza leale e

¹⁷³ *Ibidem*, p. 224.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

compromette i principi di apertura e libertà dei mercati, ed è contraria alla trasparenza ed alla apertura del commercio internazionale”¹⁷⁵.

3. La normativa penale contro la corruzione nel settore privato in Germania

a) Criminologia e politica criminale

In Germania vi sono conoscenze particolarmente precarie e quasi nessuna ricerca empirica sulla consistenza del fenomeno della corruzione, in particolare nel settore privato¹⁷⁶. Nelle statistiche della polizia e degli uffici giudiziari¹⁷⁷, i reati di cui ai §§ 299 ss. StGB a partire dal 1998, evidenziano cifre trascurabili: sono stati denunciati poche centinaia di reati e sono state pronunciate, in relazione agli artt. §§ 299 ss. StGB, pochissime condanne. Nondimeno, in Germania, la stampa e la politica ritengono che la corruzione nel settore privato costituisca una seria minaccia e, dunque, un tema reale di discussione; e che i danni provocati dalla corruzione assumano dimensioni “devastanti”. Simili convincimenti trovano riscontro, a livello di *media*, nell’eco suscitata da alcuni scandali, come quello che ha visto coinvolta la Opel nel 1995 e che rientra a pieno titolo nella costellazione della corruzione nel settore privato¹⁷⁸. Un fornitore versò per più di un decennio cospicue tangenti a un manager della società, ricevendo in cambio commesse di fornitura che, molto spesso, venivano rincarate, così che la Opel risentì di danni rilevanti. Due scandali analoghi, relativi all’appalto per la costruzione dell’aeroporto di Francoforte e ai test sul sangue per la Croce Rossa della Baviera hanno condotto, nel 1999 e nel 2001, a due fondamentali decisioni

¹⁷⁵ V. *supra* cap. I.

¹⁷⁶ SCHOLZ, *Korruption in Deutschland*, 1995, p. 9 u. 11.

¹⁷⁷ *Statistisches Bundesamt* (a cura di), *Strafverfolgung* 1998, 1999, 2000, 2001.

¹⁷⁸ Così WALTER, *Kriminalist*, 1996, 13.

della Corte di Cassazione¹⁷⁹. Malgrado tali scandali, in Germania non vi è ancora la consapevolezza di come la corruzione nel settore privato sia diffusa a tappeto¹⁸⁰.

Tuttavia, la corruzione *nel settore privato* non occupa un posto centrale nel dibattito scientifico. Questo può dipendere dal fatto che nell'ordinamento tedesco la punibilità della corruzione (attiva e passiva) di un impiegato è presente già a partire dal 1909. Il § 12 UWG, allora introdotto e modificato nel 1974, è stato infine trasferito nei §§ 299 ss. StGB¹⁸¹, tramite la legge sulla lotta alla corruzione del 13 agosto 1997.

b) Il diritto penale dell'economia in Germania

Se una parte delle origini della corruzione tra privati discendono dalla corruzione pubblica (struttura, condotte, elemento soggettivo), dall'altra parte il suo ambiente originario è quello del diritto penale dell'economia.

Originariamente, in Germania, il diritto penale dell'economia veniva inteso come un insieme di disposizioni che criminalizzavano condotte che violavano disposizioni del diritto amministrativo economico: si

¹⁷⁹ BGHSt 45, 16 e 46, 310.

¹⁸⁰ VOGEL J., *La tutela penale contro la corruzione nel settore privato: l'esperienza tedesca*, in ACQUAROLI R.-FOFFANI L., *cit.*, p. 77.

¹⁸¹ § 299 StGB – *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr* – 1. Wer als Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes im geschäftlichen Verkehr einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzugt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

2. Ebenso wird bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs einem Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, daß er ihn oder einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen in unlauterer Weise bevorzugt.

3. Die Absätze 1 und 2 gelten auch für Handlungen im ausländischen Wettbewerb.

puniva, in sostanza, l'interferenza nelle scelte di pianificazione da parte dello Stato¹⁸².

Successivamente, a partire dalla fine degli anni Sessanta, si è cominciato a colpire comportamenti che avvenivano nella sfera dei rapporti economici privati. Il diritto penale dell'economia si è, quindi, sempre più arricchito di fattispecie penali, abbandonando i suoi tradizionali confini amministrativi.

Gli interventi normativi principali si sono avuti nel 1976 e nel 1986, rispettivamente con la Prima e la Seconda legge per la lotta alla criminalità organizzata¹⁸³.

E' questo un periodo di intensi sforzi contro la corruzione in ogni sua manifestazione. In Germania, si decide, quindi, di intervenire, da un lato, sulle fattispecie di corruzione pubblica, dall'altro, inserendo la fattispecie di corruzione tra privati. Il reato di corruzione tra privati è inserito nella sezione ventiseiesima del codice penale tedesco (denominata "Reati contro la concorrenza").

Caratteristica dell'approccio tedesco, è il considerare prevalente il valore sociale e collettivo tutelato attraverso l'incriminazione del reato economico: il diritto penale dell'economia non va solamente a proteggere l'interesse del singolo che è stato leso dalla condotta del colpevole, ma anche, e soprattutto, a proteggere i beni sociali o collettivi coinvolti. Nel caso della concorrenza, si vogliono tutelare i consumatori, che sono i primi a risentire degli effetti pregiudizievoli delle condotte illecite, nonché il corretto andamento dell'economia ed il regolare svolgimento della competizione tra imprenditori.

¹⁸² TIEDEMANN K., *Il diritto penale dell'economia: suo ambito e significato per il diritto penale e per l'economia*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 1988, 1, p. 3 ss.

¹⁸³ La Prima legge ha introdotto modifiche al codice civile ed al diritto commerciale e fallimentare, introducendo l'ottenimento fraudolento di sovvenzioni e di credito (§ 264 e 265 StGB); la Seconda legge, invece, una serie di reati contro la criminalità elettronica, la truffa in materia di investimenti di capitali e l'uso indebito di assegni e carte di credito.

c) Analisi del § 299 StGB

Il paragrafo § 299 StGB ha inserito nel codice penale una fattispecie già nota. Come abbiamo detto in precedenza, l'ordinamento tedesco conosceva già una specie di corruzione privata: la corruzione economica del dipendente, prevista dal § 12 UWG. Tale ultimo articolo, anche in seguito alla riforma operata dalla legge del 1974, colpiva sia la corruzione attiva che quella passiva nel settore privato.

La riforma del 1997 non ha fatto altro che trasferire tale paragrafo da una legge penale complementare al nucleo del codice penale. Questo trasferimento, evidenziava la volontà del legislatore, il quale riteneva opportuno che la corruzione economica dovesse essere considerata lesiva di beni giuridici essenziali e centrali, tale da meritare di essere allocata nel codice penale. Ciò, peraltro, era perfettamente in linea con la concezione tedesca secondo la quale i reati economici ledono *in primis* beni collettivi e successivamente quelli individuali.

Questa decisione era stata dettata dalla necessità di dare una incisiva risposta ai consociati, di fronte agli scandali economici che in quel periodo, come già detto, erano scoppiati in Germania.

Insieme al cambio di *sedes materiae*, vi è stata pure una modifica, e sono state limate alcune imperfezioni che il § 12 UWG possedeva. In particolare, è stata allargata la cerchia dei soggetti riceventi il vantaggio indebito (estendendo anche ai terzi); è stata aumentata la pena (reclusione fino a 3 anni nelle ipotesi base); è stata parzialmente modificata la perseguibilità del reato, non più solamente affidata alla querela¹⁸⁴.

¹⁸⁴ RONNAU T., *Wirtschaftskorruption*, in ACHENBACH H. – RANSIEK A. (a cura di), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 2007, p. 80.

d) Il primo comma: la corruzione passiva

Il primo comma¹⁸⁵ punisce l'impiegato o il collaboratore di un'impresa commerciale che, nei rapporti commerciali, chiede, si fa promettere o accetta qualsiasi vantaggio per sé o per un terzo, quale corrispettivo per favorire taluno in modo sleale nell'acquisto di beni o in prestazione in regime di concorrenza.

Come si può notare, si tratta di un reato proprio: solamente chi riveste la qualifica di impiegato o di collaboratore può integrare la fattispecie. Tuttavia, il codice penale tedesco, non contiene una disposizione che descriva le figure dell'impiegato o del collaboratore; occorre, perciò, fare riferimento alle nozioni civilistiche.

Impiegato è chiunque intrattenga con il titolare un rapporto di servizio, di lavoro o di appalto¹⁸⁶. La dottrina ritiene che la nozione di impiegato debba intendersi in senso ampio, comprensiva anche del membro del consiglio di amministrazione. L'importante è che l'impiegato abbia la possibilità di influire sulle procedure di acquisto di beni o di prestazioni commerciali. La qualifica deve essere posseduta nel momento della stipula dell'accordo illecito.

Per quanto concerne l'altra qualifica, essa è definibile in negativo: collaboratore è chiunque operi senza essere impiegato o titolare dell'impresa. Chiara appare essere la funzione di norma di chiusura, visto che possono rientrare in essa tanto i consiglieri personali dell'imprenditore, quanto i membri del consiglio di vigilanza, ed anche gli agenti di commercio¹⁸⁷.

Al di là del dato puramente formale, anche il collaboratore, affinché il reato possa dirsi integrato, deve essere in grado di poter svolgere un

¹⁸⁵ "Wer als Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes im geschäftlichen Verkehr einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft".

¹⁸⁶ RONNAU T., *op. cit.*, p. 85.

¹⁸⁷ RONNAU T., *op. cit.*, p. 87.

ruolo attivo nelle procedure di acquisto di beni od anche avere il compito di presentare i fornitori all'impresa in cui opera. Secondo tale schema, soggetti attivi potrebbero essere anche professionisti legati all'imprenditore da rapporti di collaborazione.

La fattispecie di corruzione tra privati passiva, come del resto quella attiva, presuppone che la condotta avvenga nell'ambito di relazioni commerciali, seguendo, perciò, la strada già tracciata dalla Convenzione contro la corruzione del Consiglio d'Europa, che limita ai rapporti commerciali l'applicazione della corruzione tra privati.

Quanto alla condotta, il legislatore contempla tanto il chiedere quanto il far promettere o l'accettare. L'accettazione richiede l'effettivo ottenimento del vantaggio, il far promettere rimanda, invece, ad una futura dazione di utilità.

Oggetto della richiesta dell'*intraneus* deve essere l'ottenimento di un vantaggio: deve trattarsi di una qualsiasi attribuzione che fornisca al corrotto un'utilità, di tipo economico, giuridico o personale (può trattarsi della proroga di un pagamento, la concessione di un prestito, il pagare e organizzare un viaggio di vacanza) che, in definitiva, migliori la sua condizione, senza che egli abbia diritto di riceverla. Pertanto, il vantaggio deve essere indebito, ossia che il corrotto non abbia alcun titolo per reclamare l'effettuazione di quella prestazione.

Oltre che indebito, l'utilità deve avere un valore adeguato.

Il parametro per valutare tale adeguatezza non è fornito dalla fattispecie. Occorrerà basarsi sul significato sociale dell'utilità prospettata: un conto sarà richiedere il pagamento di una tangente o l'acquisto di un immobile di pregio, altro accettare l'invito ad una cena o un regalo di modesta entità¹⁸⁸.

Secondo alcuni autori, tuttavia, la valutazione di adeguatezza deve essere fatta con minore rigore rispetto al caso della corruzione del funzionario pubblico: quest'ultimo, infatti, riveste una carica pubblica,

¹⁸⁸ RONNAU T., *op. cit.*, p. 92.

e nel caso che accetti un'utilità indebita non solamente compromette il corretto funzionamento della P.A., ma lede anche l'affidamento dei consociati nell'imparziale esercizio della funzione pubblica. Per altri, tuttavia, il concetto di adeguatezza sociale deve essere scartato, in quanto estremamente incerto e soggetto a plurime interpretazioni. Tanto più il rischio si aggrava qualora il pagamento provenga da un soggetto straniero, il quale, vivendo in un contesto sociale diverso, ha un concetto di adeguatezza sociale ben diverso. In questa situazione occorrerebbe fare riferimento, anche, alle pratiche locali utilizzate nel posto di provenienza di colui che effettua il pagamento o la dazione.

Il vantaggio o l'utilità possono essere rivolti anche ad un terzo e non solamente al corrotto. E' stato posto il problema dell'eventuale integrazione del reato nel caso in cui il destinatario sia l'imprenditore, titolare dell'impresa. Secondo alcuni, il consenso del titolare dell'impresa, che dovrebbe essere lesa dall'atto dell'agente infedele, impedirebbe l'integrazione del reato. Secondo altri, in realtà, essendo la concorrenza sul mercato il bene giuridico da tutelare, il reato verrebbe comunque ad integrarsi, in quanto l'accordo corruttivo lederebbe in ogni caso la concorrenza.

La contropartita della dazione o della promessa consiste nel favorire il corruttore in maniera sleale. In tal caso rileva la corruzione c.d. antecedente: di conseguenza, l'accordo illecito deve intercorrere prima della commissione degli atti di preferenza.

In cosa consiste la slealtà? Nell'ordinamento tedesco vi sono due orientamenti contrastanti. Secondo il primo, la slealtà è concepibile come *Sachwiedrigkeit*, ovvero materialmente illecito, che si ha sempre nel momento in cui venga raggiunto un accordo tra il corrotto ed il corruttore. Qualora l'agente accetti l'illecita dazione, la sua decisione sarà sempre e comunque sleale, in quanto vi è sempre il pericolo che venga danneggiata la concorrenza. Per il secondo orientamento, invece, la slealtà è da intendere come *Pflichtwiedrigkeit*, ossia

contrarietà agli obblighi a cui l'agente è vincolato nei confronti dell'impresa. Tale teoria, maggioritaria, ritiene che la slealtà sia da intendere come contrarietà al buon costume: occorrerà tenere conto delle circostanze concrete in cui l'accordo si è perfezionato per valutare se il favore sia stato concesso in modo sleale o meno¹⁸⁹.

A livello di pratica, per la configurazione della slealtà è essenziale che il corruttore debba ricevere dei vantaggi tali da essere preferito nei confronti degli altri concorrenti: l'impresa del corrotto deve decidere di acquistare beni o servizi del corruttore, invece di altri che sono di qualità uguale o superiore.

A livello psichico, la fattispecie si presenta come esclusivamente dolosa: l'*intraneus* deve essere consapevole dell'antigiuridicità dell'accordo che stipula con l'*extraneus* nel momento in cui accetta l'utilità o la sua promessa.

e) Il secondo comma: la corruzione attiva

Il secondo comma del § 299 StGB descrive, invece, la fattispecie attiva di corruzione tra privati¹⁹⁰. Si punisce, in tal caso, chiunque nelle relazioni commerciali, per scopi di concorrenza, offra, prometta o conceda ad un impiegato o ad un collaboratore di un'impresa un vantaggio per loro o per un terzo, affinché costoro, in modo sleale, preferiscano lui o un terzo nell'acquisto di beni o prestazioni professionali. La pena è la stessa prevista nel primo comma, ossia la reclusione fino a tre anni.

La fattispecie si configura come reato comune; qualsiasi soggetto può effettuare le condotte incriminate: esse consistono nella dazione, nella

¹⁸⁹ VOGEL J., *op. cit.*, p. 91.

¹⁹⁰ "Ebenso wird bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs einem Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, daß er ihn oder einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen in unlauterer Weise bevorzuge".

promessa o nell'offerta di un'utilità indebita ad un impiegato o ad un collaboratore di un'impresa affinché egli favorisca lui od un terzo. Nel caso di promessa o di offerta, ovvero di condotte dove l'atto linguistico non è contestualmente legato alla consegna di utilità al corrotto, è irrilevante se il destinatario riesca a comprendere il contenuto di illiceità sotteso all'accordo stipulato; così come è irrilevante che egli effettivamente ottenga il vantaggio o accetti o rifiuti la proposta.

Sul concetto di utilità e di relazioni commerciali, vale quanto detto in precedenza.

L'attività dell'agente deve arrecare vantaggi al corruttore in maniera diretta od indiretta¹⁹¹: esempi del primo tipo possono essere la decisione di acquistare beni o servizi esclusivamente dal corruttore piuttosto che da altri concorrenti, il fornire dettagli sulla propria clientela, il garantire una quota di mercato prestabilita; del secondo tipo possiamo menzionare l'aumento dei costi da far pagare ai concorrenti oppure l'agire in modo che le vendite dei concorrenti diminuiscano a vantaggio del corruttore.

A livello psichico è richiesto il dolo del corruttore. Egli deve essere consapevole dell'illiceità della propria condotta e del danno che arrecherebbe ai propri concorrenti. E' inoltre necessario che agisca con la volontà di essere preferito dal corrotto rispetto ad altri, oppure che un terzo determinato venga preferito nella competizione.

f) Integrazione delle condotte, consumazione e tentativo

Le regole di integrazione e consumazione delle condotte sono comuni ad entrambe le varianti del § 299 StGB.

Il § 299 StGB si configura come reato di condotta: per la sua integrazione è necessario semplicemente che vengano tenute le condotte indicate, per cui il corruttore deve promettere, offrire o

¹⁹¹ RONNAU T., *op. cit.*, p. 107.

garantire un'utilità; il corrotto deve richiedere, accettare o far promettere. A tal proposito, secondo parte della dottrina¹⁹², il § 299 StGB si caratterizzerebbe per non essere a concorso necessario, sicché in caso di offerta, richiesta o promessa (da parte del corruttore) di un'utilità, il consenso della controparte non sarebbe necessario. Nel caso, invece, che sia il corrotto a far promettere il corruttore, oppure avvenga la dazione o l'accettazione dell'utilità, il consenso della controparte apparirebbe necessario.

Una tale prospettazione, a nostro avviso, è errata: innanzitutto, la corruzione tra privati sembrerebbe, in alcuni casi, configurarsi quale reato monosoggettivo, mentre in altri reato a concorso necessario; inoltre si negherebbe spazio al tentativo.

A nostro parere, il consenso della controparte è sempre necessario.

L'offerta di utilità, come anche la promessa, si rapporta al reato di corruzione come un atto prodromico: l'integrazione della condotta si avrà se essa verrà accolta, altrimenti si rimane nell'ambito del tentativo. Il medesimo discorso deve essere fatto anche per la richiesta che l'agente fa all'*extraneus*. In sostanza, riteniamo che la corruzione tra privati si strutturi come un reato plurisoggettivo necessario.

Per quanto concerne la consumazione, è irrilevante che l'evento prospettato dal corrotto, nel caso della corruzione passiva, o richiesto dal corruttore, nel caso della corruzione attiva, ovvero sia l'ottenimento per quest'ultimo di indebiti favori, si realizzi.

g) Le altre disposizioni

Il § 300 StGB prevede un incremento di pena nei casi di particolare gravità¹⁹³. Si prevede un innalzamento della soglia edittale, che passa

¹⁹² RONNAU T., *op. cit.*, p. 112 ss.

¹⁹³ § 300 StGB. *Besonders schiere Falle der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*. In besonders schweren Fällen wird eine Tat nach § 299 mit

alla reclusione tra i tre mesi e i cinque anni, nel caso in cui si verificano le due situazioni descritte. La prima è che il fatto si riferisca ad un vantaggio di rilevante entità: il vantaggio è da intendersi riferito all'utilità illecita ricevuta dall'agente. Secondo la dottrina, il limite inferiore perché si possa integrare la circostanza è pari a 25.000 euro.

La seconda circostanza è integrata quando l'autore agisca professionalmente (ovvero reiteri la commissione del reato) oppure sia membro di un'associazione costituitasi appositamente per la commissione continuativa di tali reati.

Di carattere affittivo è anche il § 302 StGB, che chiude la sezione. Esso prevede che, nel caso in cui l'autore agisca nelle due modalità appena dette, si debba applicare il primo comma del § 73 d) StGB, ovvero la confisca. Inoltre, nel caso di corruzione attiva, se l'autore ha agito come componente di un'associazione che ha i sopracitati requisiti, si deve anche applicare il § 43 a) StGB, che contempla la comminatoria di una sanzione patrimoniale¹⁹⁴.

Tale paragrafo è però raramente applicato. Ciò è dovuto al fatto che il paragrafo 43 a) è stato dichiarato incostituzionale per indeterminatezza della fattispecie e sospetti di incostituzionalità si sono avuti anche per l'applicazione della confisca, anche se la riscrittura del § 73 d), ad opera della Legge sul rafforzamento del ristoro e del prelievo patrimoniale relativo ai danni da reato del 2006 sembrerebbe aver scongiurato una pronuncia di incostituzionalità.

Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

1. die Tat sich auf einen Vorteil groben Ausmaßes bezieht oder
2. der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.

¹⁹⁴ §302 StGB. Vermögensstrafe und Erweiterter Verfall. (1) In den Fällen des § 299 Abs. 1 ist § 73d anzuwenden, wenn der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat. (2) In den Fällen des § 299 Abs. 2 sind die §§ 43a, 73d anzuwenden, wenn der Täter als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat. § 73d ist auch dann anzuwenden, wenn der Täter gewerbsmäßig handelt.

Infine, il § 301 StGB descrive le modalità di perseguibilità del reato¹⁹⁵. Rispetto al precedente § 12 UWG, che prevedeva che l'esercizio dell'azione penale dipendesse sempre dalla querela, il § 301 StGB contempla anche la procedibilità d'ufficio. Secondo il § 301 StGB, il diritto a sporgere querela spetta alla persona offesa dal reato e ad ogni rappresentante di impresa, associazione professionale od ordine, indicati del § 8 comma 3, numeri 1, 2 e 4 della UWG, quali Camere di commercio, dell'industria e dell'artigianato. La persona offesa può essere individuata sia nel concorrente leso dal trattamento di favore reso dal corrotto verso il corruttore, sia dal titolare dell'impresa in cui il corrotto operi, se la condotta di quest'ultimo sia da ritenere lesiva dei doveri di fedeltà¹⁹⁶.

La procedibilità d'ufficio, invece, è richiamata qualora il pubblico ministero ritenga necessario agire autonomamente, senza attendere la presentazione della querela, in quanto la causa è di particolare interesse pubblico. L'interesse pubblico può ravvisarsi in molteplici ipotesi: qualora siano coinvolte più imprese; quando si tratti di imprese a controllo statale; quando le imprese coinvolte erogano servizi pubblici essenziali; quando il corruttore abbia precedenti penali per il medesimo reato o per reati a contenuto patrimoniale; infine, quando si tema che nessuno dei titolari a presentare la querela agisca effettivamente per il timore di ripercussioni economiche o professionali.

h) Il bene giuridico tutelato

La questione relativa al bene giuridico tutelato è alquanto spinosa.

¹⁹⁵ § 301 StGB. Strafantrag. (1) Die Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr nach § 299 wird nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, daß die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält. (2) Das Recht, den Strafantrag nach Absatz 1 zu stellen, hat neben dem Verletzten jeder der in § 8 Abs. 3 Nr. 1, 2 und 4 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb bezeichneten Gewerbetreibenden, Verbände und Kammern.

¹⁹⁶ RONNAU T., *op. cit.*, p. 117 ss.

Ai tempi nei quali vigeva il § 12 UWG, si sosteneva che non soltanto la concorrenza potesse essere il principale bene giuridico tutelato dalla norma, ma che anche l'interesse dell'imprenditore ad una corretta gestione della propria impresa fosse meritevole di tutela¹⁹⁷.

La fattispecie tedesca (§ 299 StGB), tuttavia, è dichiaratamente posta a tutela della concorrenza. Il fatto stesso che sia inserita in una sezione del codice penale (la ventiseiesima) denominata "Reati contro la concorrenza" non lascia spazio a dubbi¹⁹⁸. La fattispecie di corruzione tra privati, nel momento in cui colpisce l'illecito accordo tra corrotto e corruttore che violi il vincolo di fiducia esistente tra corrotto e datore di lavoro e favorente in modo sleale il corruttore, si erge a difesa della corretta concorrenza tra imprenditori, dunque del mercato.

Non solo: tutelando il corretto andamento del mercato vengono, conseguentemente, tutelati anche i consumatori, che non dovranno farsi carico dei costi dettati da logiche diverse da quelle concorrenziali, ossia da logiche clientelari.

Pertanto, il § 299 StGB tutela gli interessi prettamente patrimoniali della collettività; la leale concorrenza è un bene-strumento per raggiungere tale risultato.

A corroborare quest'interpretazione soccorre la modifica al § 299 StGB, ad opera della legge di attuazione (22.8.2002) dell'Azione Comune 98/742/GAI contro la corruzione tra privati. Tale legge ha aggiunto un terzo comma al § 299, che applica quanto previsto dai commi precedenti (primo e secondo) anche all'ipotesi che le condotte vengano commesse all'estero¹⁹⁹. Scopo di tale previsione sarebbe quello di rendere il § 299 una disposizione utilizzabile contro qualunque accordo corruttivo avvenuto in qualsiasi posto del mondo a

¹⁹⁷ HEINE G., *op. cit.*, p. 125.

¹⁹⁸ TIEDEMANN K., *Wettbewerbsstrafrecht*, in TIEDEMANN K. (a cura di), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union: Rechtsdogmatik, Rechtsvergleich, Rechtspolitik / Freiburg-Symposium*, Koeln, Berlin, Bonn, Muenchen, 2002, p. 279 ss.

¹⁹⁹ (3) *Die Absätze 1 und 2 gelten auch für Handlungen im ausländischen Wettbewerb.*

danno di imprese tedesche. Inutile dire che, secondo alcuni, tale disposizione avrà, concretamente, solo una valenza simbolica, dal momento che la repressione penale in paesi esteri dipenderà, sempre e comunque, dalla volontà di cooperazione del singolo paese in cui il fatto è stato compiuto.

Purtuttavia, non si può non notare come sia assente la menzione di un evento di danno: in altre parole, l'accordo illecito, una volta raggiunto, viene sempre punito, a prescindere dal fatto che esso sia veramente dannoso per la concorrenza o meno. Il § 299 StGB è strutturato come *reato di pericolo astratto*: si punisce la condotta potenzialmente lesiva della concorrenza.

Il bene giuridico della concorrenza è talmente importante, che il legislatore tedesco ha deciso di anticipare la soglia di punibilità al semplice compimento delle condotte, senza la necessità che si verifichi un evento di danno.

Potremmo dire che, se da un lato, ciò è comprensibile in quanto trattasi di un bene giuridico di rango primario (la concorrenza), dall'altro lato, la scelta può apparire eccessiva.

Come detto in precedenza (analizzando la fattispecie italiana), la lesione della concorrenza non è facilmente realizzabile da chiunque. Un conto è l'accordo corruttivo tra due oligopolisti in un mercato con pochi *competitors*, altro è la decisione del responsabile di una catena di negozi di ferramenta di rifornirsi di materiale da un soggetto piuttosto che da un altro.

D'altro canto, il prevedere una fattispecie di pericolo si scontra con altri aspetti, *prima facie*, meno evidenti.

Si pensi alla posizione del datore di lavoro. Egli, essendo a capo dell'impresa, adotta le politiche imprenditoriali che poi i suoi sottoposti dovranno eseguire. E' il soggetto che, all'interno dell'impresa, è dotato dei più ampi poteri, che può più facilmente alterare il gioco della concorrenza. Se un terzo si reca da lui e gli

chiede di rifornirsi esclusivamente da esso stesso, dietro pagamento di denaro, il datore può decidere in autonomia, in quanto non ha nessuno a cui dover rispondere delle proprie scelte. Il discorso cambia nel caso delle società, nelle quali il consiglio di amministrazione è tenuto a rispondere del proprio operato di fronte all'assemblea dei soci; tuttavia, resta innegabile la maggiore attitudine del datore rispetto al sottoposto a ledere la concorrenza. Teniamo conto, poi, che per il sottoposto sarà più difficile, in quanto deve eludere gli eventuali meccanismi di controllo e di prevenzione dei reati che l'impresa ha adottato.

Stante ciò, il § 299 StGB non sanziona la corruzione del datore di lavoro ma solamente quella del sottoposto: impiegati o collaboratori. Questa è un'evidente stranezza: occorrerebbe allargare la cerchia dei soggetti attivi, affinché la concorrenza risultasse tutelata nei confronti delle azioni che interessano i soggetti apicali operanti nei settori commerciali.

Vero è che, secondo parte della dottrina, il consenso del datore al compimento dell'atto sleale non avrebbe valore scriminante²⁰⁰ (ai fini della punizione del sottoposto), ma la punibilità del datore, per il rispetto del principio di determinatezza della fattispecie, è da escludere. Al massimo, il datore potrebbe concorrere nel reato, col risultato che il soggetto con i maggiori poteri risponde in modo attenuato rispetto al suo sottoposto, per il medesimo fatto costituente reato.

Vi è, poi, un altro aspetto singolare. Il § 300 StGB prevede che l'aggravamento della pena si abbia nel caso di una rilevante entità del vantaggio. Quest'ultimo, come già detto, fa riferimento all'entità dell'utilità data, offerta, promessa o chiesta. Far dipendere l'applicazione di un'aggravante, per una fattispecie dichiaratamente rivolta alla tutela della concorrenza, da un elemento di natura

²⁰⁰ RONNAU T., *op. cit.*, p. 113.

secondaria sembra curioso: sarebbe stato più corretto farla dipendere dall'entità del danno arrecato alla concorrenza, se si continua a sostenere che il bene giuridico protetto è la leale competizione tra imprese²⁰¹.

Veniamo, poi, alla procedibilità del reato, che avviene, di regola, su querela di parte. In diritto processuale penale, la querela è una condizione di esercizio dell'azione penale ed il suo significato è quello di far dipendere l'inizio del procedimento penale dalla valutazione di un determinato soggetto, il querelante. La procedibilità a querela di parte non si ha, in genere, per quei reati che attentano a beni primari per l'ordinamento giuridico, per i quali la procedibilità è d'ufficio. La scelta di perseguire la fattispecie di corruzione tra privati mediante la querela di parte appare stridente con la valutazione che si è data al bene giuridico della concorrenza: la scelta più coerente sarebbe stata prevedere la perseguibilità d'ufficio.

E' ben vero che il § 301 StGB prevede un'ampia gamma di ipotesi nelle quali è ammessa la procedibilità d'ufficio, ma nonostante ciò i dati delle statistiche fornite dal *Bundeskriminalamt*²⁰² dimostrano che la corruzione tra privati è un reato poco perseguito; il *numero oscuro* che avvolge i reati corruzione è assai alto e sicuramente affidare la repressione penale della corruzione tra privati, di regola, alla querela non aiuta.

Sulla base di tali osservazioni, riteniamo, quindi, che il bene giuridico tutelato dal § 299 StGB sia anche il patrimonio dell'impresa e che, di conseguenza, lo schema adottato sia quello patrimonialistico.

D'altra parte, argomenti a sostegno di ciò ve ne sono. In primo luogo, la tutela del patrimonio non esula dalle intenzioni del legislatore

²⁰¹ VOGEL J., *op. cit.*, p. 89.

²⁰² Dal 1998 al 2010 i casi scoperti di corruzione tra privati oscillano, annualmente, da un valore minimo di 55 nel 1998 ad un massimo di 761 nel 2010. La media è di 380 all'anno. Di questi, le ipotesi in cui risulti contestato il § 300 StGB sono assai poche: il massimo è stato raggiunto nel 2008 con 61 casi, ma la media si aggira attorno a 17.

tedesco: secondo il suo disegno, al primo posto vi sarebbe la concorrenza, seguita dal patrimonio dell'impresa. Secondo la nostra impostazione, invece, la concorrenza verrebbe tutelata attraverso la protezione del patrimonio dell'impresa: una tutela, si noti, secondaria ed eventuale, dipendente dal numero e dalla tipologia delle imprese coinvolte.

In secondo luogo, lo schema patrimonialistico si armonizzerebbe con la previsione della procedibilità a querela ben più che nel caso della tutela della concorrenza.

Resta, infine, da coordinare il bene giuridico dell'integrità patrimoniale con il fatto che il reato si strutturi come una fattispecie di pericolo. A ben vedere, la corruzione tra privati si struttura come reato ostacolo: esso va a colpire una condotta, ovvero l'accordo tra corrotto e corruttore, che è prodromica alla lesione effettiva del patrimonio della società ed alla violazione degli obblighi funzionali.

Pertanto, possiamo affermare che la funzione vera e propria della fattispecie in parola sia quella di impedire che il patrimonio venga aggredito, e quindi garantirne l'integrità dello stesso.

4. Il delitto di corruzione privata in Francia

L'ordinamento francese, sino al 1919, disciplinava espressamente soltanto la corruzione dei funzionari pubblici. In particolare, il dibattito ruotava attorno alla questione se le condotte, che presentassero elementi propri della corruzione di funzionari pubblici, commesse da dipendenti privati, e quindi lesive solo di interessi commerciali o economici di imprese private, potessero essere punite in base alla *ratio* penale propria dei funzionari pubblici.

Al riguardo, una legge del 16 dicembre 1919 introdusse, in una norma collocata immediatamente dopo quella sulla corruzione del pubblico funzionario, una nuova fattispecie di corruzione del dipendente (art.

177 vecchio codice penale). La *Loi d'Adaptation* del nuovo codice penale francese²⁰³ (entrato in vigore nel 1994) ha spostato questo delitto nel Codice del Lavoro. Il testo della fattispecie è dunque l'art. 152-6 del Codice del Lavoro che, avendo modificato la norma su un piano meramente formale, dispone che:

<<il fatto, per ogni dirigente o impiegato, di sollecitare o di approvare direttamente o indirettamente, all'insaputa e senza l'autorizzazione del proprio datore di lavoro, delle offerte, delle promesse, dei doni, dei presenti, degli sconti o dei premi per compiere o astenersi dal compiere un atto relativo alla propria funzione o facilitato dalla stessa, è punito con due anni di reclusione e con 30.000 euro di multa>>. (il comma 2 della stessa disposizione punisce il lato attivo di questo delitto di corruzione).

Innanzitutto, analizzerò a grandi linee la *ratio* di questa fattispecie, i suoi contorni e le condotte che consente di punire, constatando che i procedimenti giudiziari e le condanne per questo delitto si sono considerevolmente rarefatte. In un secondo momento, sarà opportuno, quindi, prendere in esame le cause dell'ineffettività pratica di questo delitto.

Per quanto concerne la *ratio*, lasciandosi corrompere, i dipendenti delle imprese private non rispettano l'obbligo particolare di buona fede originato dal loro contratto di lavoro, che impone loro di astenersi da ogni atto che viola la fiducia che il datore di lavoro deve potere avere nei suoi collaboratori. Attraverso la corruzione dei dipendenti, che deve avere luogo all'insaputa del datore di lavoro, la legge penale assicura, dunque, la protezione del rapporto di fiducia all'interno dell'impresa. Lo spostamento del delitto nel Codice del lavoro conferma questa analisi che sarebbe riduttiva se essa dovesse, da sola, costituire l'espressione della *ratio legis*.

²⁰³ La *<<Loi d'adaptation>>* del 16 dicembre 1992.

In effetti ed innanzitutto, nel progetto di legge del 1919, il delitto si configurava solo alla condizione che il datore di lavoro stabilisse che era stato causato un danno. Tale elemento costitutivo fu eliminato al momento della votazione della legge.

Non si può dunque ritenere, anche se il delitto deve essere stato commesso all'insaputa del datore di lavoro, che la sua finalità principale sia quella di assicurare la protezione di quest'ultimo.

Inoltre e soprattutto, il contesto della legge del 1919 mostra che il suo primo obiettivo era quello di porre il diritto penale al servizio di interessi economici che potevano offendere l'interesse pubblico dell'epoca. Questa legge, infatti, è stata adottata in seguito a gravi episodi verificatisi nel corso e alla fine della guerra del 1914-1918. Di fronte a merci rare, i dipendenti di imprese commerciali o industriali, incaricati di acquistare o di consegnare delle merci o di venderle, accettavano dai fornitori o dagli acquirenti delle remunerazioni occulte, per favorire o per estromettere dei concorrenti. Allo stesso modo, poiché i mezzi di trasporto a quel tempo erano insufficienti, dei commercianti o degli industriali ottenevano la disponibilità di carri pagando somme ingenti ai dipendenti delle compagnie ferroviarie.

La fattispecie del delitto di corruzione dei dipendenti è stata, pertanto, essenzialmente creata per proteggere l'interesse pubblico, le imprese private che assicurano nei periodi di crisi di vario genere, dei veri e propri servizi pubblici, imponendo ai loro dipendenti di osservare la stessa disciplina dei funzionari pubblici. Questo conferma il fatto che il delitto introdotto dalla legge del 1919 sia stato inserito nel Codice penale francese originario dopo i delitti di corruzione dei funzionari sui quali esso è stato ricalcato.

Quanto all'ambito di applicazione, la fattispecie riguarda i dipendenti *lato sensu* che, all'insaputa del datore di lavoro, sollecitano o concordano (corruzione attiva e passiva) delle offerte, dei doni, delle

promesse, dei premi e delle commissioni per compiere o per astenersi dal compiere degli atti del proprio ufficio.

Il delitto richiede *innanzitutto* la qualità di dipendente *lato sensu*. Certamente il testo vigente concerne anche i dirigenti ma, esigendo che il delitto sia stato commesso all'insaputa del datore di lavoro, questi ultimi sono presi in considerazione non in qualità di dirigenti della società, ma in quanto dipendenti sottoposti ad una subordinazione gerarchica. La fattispecie in oggetto non è, pertanto, applicabile ai dirigenti delle società che, per i comportamenti paragonabili a quelli sanzionabili con la norma sulla corruzione dei dipendenti, sono punibili solo per il delitto di abuso di beni sociali²⁰⁴.

In seguito, tale fattispecie esige che le offerte, i doni e le promesse siano stati compiuti o accettati all'insaputa del datore di lavoro.

Infine, il delitto richiede per la sua sussistenza un patto di corruzione, poiché le offerte, i doni, le promesse devono essere stati sollecitati o concordati per compiere o per astenersi dal compiere un atto della funzione facilitato da quest'ultima. L'accusa dovrà, dunque, provare che prima del compimento dell'atto dell'ufficio, c'è stato un accordo di corruzione.

Per quanto riguarda le condotte penalmente rilevanti, è possibile ricondurle ai tre tipi seguenti:

- si tratta, da un lato, delle commissioni occulte che i dipendenti, generalmente incaricati degli acquisti, esigono o accettano dai fornitori dell'impresa (si pensi, ad esempio, ad un impiegato delle ferrovie pagato per accettare la spedizione di merci per un peso superiore a quello che figura sulla ricevuta di spedizione);
- si tratta, da un altro lato, delle ipotesi di licenziamento selvaggio, per cui si retribuisce il dipendente di un concorrente affinché si licenzi senza rispettare l'obbligo di preavviso. La *ratio* dell'applicazione della fattispecie è la seguente: l'obbligo

²⁰⁴ MARIE PAULE LUCAS DE LEYSSAC, *Il delitto di corruzione dei dipendenti in Francia*, in ACQUAROLI L.-FOFFANI R., *cit.*, p. 104.

di rispettare il tempo di preavviso è un atto collegato alla funzione di dipendente; perciò, accettando di essere retribuito per non rispettare questo obbligo, la condotta del dipendente è punibile in base alla parte della norma riguardante coloro che si fanno retribuire per astenersi dal compiere un atto del proprio ufficio;

- si tratta, infine, dello spionaggio commerciale o industriale (ad esempio, un dipendente che vende delle informazioni a un concorrente).

Fino agli anni '50, '60, '70, in Francia, quando si veniva a conoscenza di questi comportamenti, essi venivano effettivamente perseguiti. La giurisprudenza fondava le proprie decisioni sull'assunto che, in tali casi, il dipendente avesse violato l'obbligo di fedeltà nei confronti del suo datore di lavoro.

Successivamente, i casi relativi alla corruzione dei dipendenti sono praticamente scomparsi dalle raccolte di giurisprudenza, anche se le condotte qualificabili come tali si moltiplicano²⁰⁵.

Paradossalmente, vi sono stati casi nei quali, pur sapendo dell'esistenza di vere e proprie dazioni illecite, ciò non ha dato luogo a nessuna sentenza pubblicata²⁰⁶; in altri casi, invece, la portata della norma relativa alla corruzione dei dipendenti è stata forzata sino a ricomprendere fatti non perfettamente sussumibili nella fattispecie in parola, producendo in tal caso vere e proprie sentenze di condanna²⁰⁷.

²⁰⁵ M.P.L. DE LEYSSAC, *cit.*, p. 106.

²⁰⁶ Si pensi ai casi relativi alla corruzione dei cuochi dei grandi ristoranti di Parigi, che avevano portato a scoprire che a *Rungins* numerosi fornitori avevano dei "collettori" di tangenti, destinati a ricevere le bustarelle che dovevano essere mensilmente date a questi cuochi.

²⁰⁷ Si tratta della sentenza della *Chambre Criminelle* del 4 febbraio 1997 resa nel caso OM-VA: il dirigente dell'Olimpique Marseille dell'epoca aveva offerto del denaro a due giocatori della squadra di Valenciennes affinché essi accettassero "di giocare al risparmio" durante la partita con gli avversari dell'Olimpique Marseille. Egli è stato dichiarato colpevole di corruzione attiva di dipendenti, ancorché non sussistessero tutti gli elementi costitutivi del delitto. In effetti, la remunerazione del dipendente deve essere percepita all'insaputa del datore di lavoro. Ora, nel caso specifico, i due giocatori il cui "disimpegno" era stato comprato, avevano dichiarato

Pertanto, in Francia, vi è un vero e proprio problema di ineffettività del delitto in questione, che oggi è perseguito solo eccezionalmente, a differenza di quanto si verificava in passato.

Alcune delle cause possono essere individuate nell'ignoranza, nell'indifferenza di cui il delitto è attualmente oggetto e negli eventuali effetti perversi della sua repressione. Altre cause di questa ineffettività di tutela dipendono dall'oggetto della tutela penale e riguardano il fatto che rispetto alle regole attuali del gioco economico, il delitto di corruzione dei dipendenti, creato nel 1919 è divenuto uno strumento obsoleto di protezione del mercato.

Quanto all'effetto perverso dei procedimenti giudiziari per corruzione dei dipendenti, esso concerne più particolarmente lo spionaggio industriale o commerciale. In effetti, un tale modo di procedere deve restare più o meno segreto allo stadio dell'istruttoria, ma non lo sarà più nella fase del giudizio. Ora, esso può portare a una diffusione della strategia commerciale o industriale dell'impresa, così da fare in modo che il processo repressivo vada a svelare ciò che il mondo degli affari vuole mantenere segreto.

Quanto all'obsolescenza rispetto al mercato attuale, nel nuovo diritto dell'economia della concorrenza, la regolamentazione del mercato è stata affidata all'autorità amministrativa indipendente, ovvero al Consiglio della Concorrenza. Da allora le intese e l'abuso di posizioni dominanti sono stati depenalizzati, poiché la sanzione penale non è la più adeguata e poiché la regolamentazione del mercato non è rilevante per il diritto penale²⁰⁸. In questo nuovo diritto, rimane un solo delitto: la figura criminosa prevista all'art. 420-6 del Codice di commercio. Questo reato può essere ascritto alle persone fisiche che hanno fraudolentemente avuto un ruolo personale e determinante nella concezione, nell'organizzazione o nella *mise en oeuvre* di una pratica

di aver informato la squadra e che quest'ultima non si era opposta allo svolgersi della partita.

²⁰⁸ M.P. LUCAS DE LEYSSAC, *cit.*, p. 108.

anticoncorrenziale o di un abuso di posizione dominante. Esso ha fatto discutere, ma oggi si tende piuttosto a ritenere che, attraverso l'avverbio "fraudolentemente", esso designerebbe l'ultimo grado dell'intenzione anticoncorrenziale e potrebbe essere così considerato come la qualificazione giuridica più elevata delle pratiche inosservanti del diritto della concorrenza²⁰⁹. Ora, le condotte che possono essere sussunte in questo delitto di corruzione di dipendenti non costituiscono certo l'ultimo grado di intenzione anticoncorrenziale a cui il diritto del mercato attuale confina l'ultima *ratio* penale. Nella sua funzione iniziale di protezione dell'interesse economico che offende degli interessi pubblici, il delitto che si è esaminato è dunque divenuto, a seguito delle trasformazioni economiche e giuridiche, uno strumento penale di protezione economica obsoleto.

5. Riflessioni sull'ordinamento spagnolo

Nonostante le diverse iniziative dell'UE e del Consiglio d'Europa contro la corruzione (di cui al cap. I), non è esagerato dire che il termine corruzione nel settore privato risulti praticamente sconosciuto nel vocabolario del diritto penale spagnolo. Tuttavia, se anche la corruzione privata così come è definita nell'Azione Comune del 1998²¹⁰, risulta una figura delittuosa estranea al diritto penale spagnolo, alcune delle sue conseguenze o manifestazioni acquistano rilevanza penale o la possiedono in altri settori dell'ordinamento come il diritto alla concorrenza o del lavoro con la previsione di sanzioni civili o amministrative²¹¹.

²⁰⁹ LUCAS DE LEYSSAC-PARLEANI, *Droit du marché*, PUF, Paris, 2002, p. 958

SS.

²¹⁰ V. cap. I.

²¹¹ ADAN NIETO MARTIN, *La corruzione nel settore privato: riflessioni sull'ordinamento spagnolo alla luce del diritto comparato*, in ACQUAROLI R.-FOFFANI L., *cit.*, p. 113.

L'ET (*Estatuto de los Trabajadores*) prevede come una delle cause che danno luogo al licenziamento disciplinare del lavoratore la violazione della buona fede contrattuale. Esempio paradigmatico di questa situazione è l'accettazione di regali, tangenti o qualsiasi altro vantaggio, finalizzati alla violazione da parte del lavoratore dei doveri derivanti dal contratto di lavoro, ciò che assume particolare rilevanza, giustamente, quando al lavoratore è assegnata una funzione di intervento nella conclusione di contratti in nome dell'imprenditore. Riguardo alla regolamentazione nel diritto del lavoro di questo tipo di comportamento, forse conviene sottolineare l'impegno terminologico del legislatore nel non utilizzare, in questo contesto, l'espressione "infedeltà".

La discussione ha uno sviluppo parallelo a ciò che accade nel diritto penale per la determinazione del bene giuridico nei delitti dei funzionari pubblici. L'idea di fedeltà, espressamente menzionata nella Legge sui diritti dei lavoratori del 1944²¹², veniva considerata un retaggio della concezione autoritaria del rapporto di lavoro propria del nazional-sindacalismo spagnolo. Per tale motivo, attualmente, il concetto di buona fede si concretizza oggi liberandolo da qualsiasi riferimento a doveri etici e conferendogli un significato essenzialmente patrimoniale connesso agli interessi economici dell'imprenditore²¹³. Al momento di valutare il carattere di prevenzione generale delle sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro conviene sottolineare che nel caso in cui la violazione del principio di buona fede determina un pregiudizio economico all'imprenditore, essa dà luogo ad una richiesta di risarcimento dei danni e del pregiudizio sofferti (art. 1902 c.c.) che può dirigersi, tuttavia, contro chi ha corrotto il dipendente²¹⁴.

²¹² Questo testo normativo enumerava una serie di infrazioni concrete del dovere di lealtà tra le quali era prevista la ricezione di regali (artt. 70 e 71).

²¹³ MONTROYA MELGAR, *Derecho del trabajo*, 19 ed., Tecnos, Madrid, 1988, pp. 322-323.

²¹⁴ ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 18 ed., Civitas, Madrid, p. 314.

Pertanto, bastano queste brevi considerazioni per rendersi conto che, almeno nell'ottica dell'ordinamento spagnolo, sarebbe impensabile la configurazione di una fattispecie di corruzione privata sul modello di quella contenuta nell'art. L 152-6 del *Code du travail*, strutturata a partire dalla violazione del dovere di fedeltà. L'interpretazione eminentemente patrimonialistica del concetto di buona fede implica che in questa prospettiva, l'unico modello coerente sarebbe la previsione di questa figura sul modello dell'amministrazione infedele (art. 295) o di altre figure esistenti come la rivelazione di segreti industriali (art. 279)²¹⁵.

La Legge sulla concorrenza sleale del 1991 (LCD) definisce all'art. 5 come sleale "ogni comportamento che risulta contrario alla buona fede". A completamento, e in via esemplificativa, enumera una serie di condotte tra le quali si include (art. 14 LCD), l'induzione all'inadempimento contrattuale ovvero "l'induzione dei lavoratori, procuratori, clienti e altri obbligati ad infrangere i doveri contrattuali assunti con i concorrenti". Secondo la dottrina, una delle situazioni tipo di questa figura, consiste nell'elargizione di denaro o in qualunque altro vantaggio economico ai lavoratori di un'impresa per instaurare o rafforzare rapporti di natura contrattuale con l'impresa stessa. Ugualmente si afferma l'esistenza di un atto di concorrenza sleale, quando i corrotti sono gli amministratori di una società commerciale o si tratta di collaboratori o persone vincolate contrattualmente all'impresa che si convincono a prestare servizi di consulenza relativamente alla scelta di fornitori, clienti, o di prodotti e servizi²¹⁶. Come si può notare, la corruzione nel settore privato così come definita nell'Azione Comune del 1998 (v. cap.I), costituisce nell'ordinamento spagnolo un esempio caratteristico di concorrenza sleale.

²¹⁵ ADAN NIETO MARTIN, *cit.*, p. 119.

²¹⁶ MASSAGUER, *Commentario a la ley de competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1999, p. 410 ss.

La LCD spagnola risponde ad un concetto di concorrenza sleale che supera la concezione liberale del XIX secolo di questo istituto.

Da quanto detto sinora, si comprende chiaramente che, questo tipo di comportamento è qualcosa che non interessa solo i concorrenti diretti, ma che riguarda anche l'efficienza del mercato e la protezione dei consumatori. Con ciò si mette in evidenza la complementarità esistente tra la concorrenza sleale e il divieto di pratiche restrittive della concorrenza: la libera concorrenza implica che la ricerca della concorrenza sul mercato si effettui tramite la qualità e le condizioni delle prestazioni offerte e non rispondendo all'offerta dei corruttori, frodatori, ecc.

Malgrado l'importanza dei beni giuridici pregiudicati dalla concorrenza sleale, deve sottolinearsi come la LCD sia un testo prettamente civilistico, nel quale si prevedono sanzioni e misure esclusivamente di questa natura (art. 18 LCD). La repressione, penale o amministrativa della concorrenza sleale si colloca, nel codice penale e nella Legge a tutela della concorrenza.

L'intreccio di interessi (patrimonio, concorrenza, consumatori) che confluiscono nella LCD risulta imprescindibile per comprendere il disegno del sistema sanzionatorio spagnolo. Tradizionalmente gli unici atti di concorrenza sleale che sono sanzionati penalmente sono quelli che si riferiscono alla proprietà industriale.

Solo con il codice penale del 1995 ha fatto la sua comparsa un delitto in materia di pubblicità (art. 282) e un autentico delitto di spionaggio industriale (art. 278 ss.). Questo numero circoscritto di fattispecie evidenzia quale sia la logica politico criminale del legislatore spagnolo: gli atti di concorrenza sleale diventano oggetto di sanzione penale in quanto ledono interessi patrimoniali concreti di altri concorrenti o colpiscono i consumatori²¹⁷. In altre parole, la semplice efficienza del mercato o le regole di buona fede che devono presidiare

²¹⁷ MARTINEZ BUJAN PEREZ, *Derecho penal economico* PE, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 66 ss.

le relazioni commerciali non rivestono un sufficiente grado di rilevanza per essere considerati beni giuridici penali.

Questo non significa, ovviamente, che le sanzioni siano circoscritte alle disposizioni del codice penale. Frutto della connessione prima accennata tra la normativa antitrust e la concorrenza sleale è l'art. 7 della Legge sulla difesa della concorrenza (LCD). In esso si prevede che il Tribunale di difesa della concorrenza è competente per conoscere gli atti di concorrenza sleale quando “operano gravi distorsioni delle condizioni della concorrenza e del mercato” e “questa grave distorsione danneggia l'interesse pubblico”. Questo implica che quando un atto di concorrenza sleale, come nel nostro caso il pagamento di tangenti, produce un danno alla concorrenza nei termini descritti, è possibile applicare le sanzioni amministrative stabilite dalla LCD all'art. 10 per gli accordi vietati e l'abuso di posizione dominante: la multa fino a 150.000.000 di *pesetas* che può aumentare fino al 10% del volume d'affari prodotto nell'esercizio finanziario dell'anno precedente alla decisione del tribunale.

Una volta tracciato il confine normativo, si deve considerare che, se si cercano nei repertori della giurisprudenza i comportamenti che si possono ricondurre al concetto di corruzione privata, questo sembra essere un fenomeno estraneo alla realtà imprenditoriale spagnola. In effetti, all'interno dell'area civilistica della LCD, i fatti che arrivano all'esame dei tribunali, relativamente ad ipotesi di induzione alle violazioni degli obblighi contrattuali, si riferiscono generalmente a casi nei quali determinati dirigenti di un ente decidono di crearne un altro, stornando clienti e dipendenti dell'impresa originaria²¹⁸.

Solo in una decisione, il Tribunale di Difesa della concorrenza si è occupato di un caso, riconducibile alla corruzione nel settore privato. Alla fine del 1993 varie imprese produttrici di tabacco denunziarono *Tabacalera*, impresa statale che stava cedendo il monopolio nel

²¹⁸ ADAN NIETO MARTIN, *cit.*, p. 122.

trattamento e distribuzione della maggior parte del tabacco, ma che ancora conservava una posizione dominante sul mercato, con la quale realizzava due pratiche di concorrenza sleale: la vendita in perdita di un sigaro molto popolare in Spagna (“Farias”) e, ciò che qui interessa, l’effettuazione di regali ai proprietari di tabaccherie, con il fine di indurli a vendere preferibilmente i propri prodotti e non quelli della concorrenza, e ciò sebbene *Tabacalera* era a sua volta distributrice di queste marche di tabacco.

Nella sua decisione il TDC si limitò ad evidenziare che, esaminando tale comportamento, “non risulta provato che esso abbia realizzato un’alterazione sufficiente del mercato”. Vi è un aspetto interessante di questa decisione: gli atti di concorrenza sleale realizzati per le imprese che si trovano in una posizione dominante del mercato (in questo caso la vendita in perdita), devono essere considerati come abuso della posizione dominante (art. 6 LDC)²¹⁹. Questo presuppone che nei casi di abuso di posizione dominante si incrementano notevolmente le possibilità di imporre una sanzione amministrativa nelle ipotesi di corruzione.

La scarsa incidenza pratica della corruzione nel settore privato non presuppone, naturalmente, che essa sia inesistente. Le ragioni di questa situazione devono ricercarsi nel fatto che, in Spagna, la concorrenza sleale è stato un settore dell’ordinamento di cui si occupava esclusivamente la dottrina, ampiamente ignorato dai tribunali e dal legislatore e ancor più dagli operatori economici nel momento di programmare le proprie strategie commerciali²²⁰. In un tale contesto, non risulta avventato affermare, richiamando la famosa classificazione della corruzione effettuata da Heidenmeier (bianca, grigia, e nera)²²¹, che in Spagna la corruzione tra privati è chiaramente corruzione di

²¹⁹ Sentenza del TDC del 16 febbraio 1999, expt. 375/996, (AC 1999/2619) per questi motivi, infine, *Tabacalera* fu sanzionata con una multa di 130.000.000 di pts.

²²⁰ MASSAGUER, *cit.*, p.46.

²²¹ HEIDENMEIER, “*Perspectives of the Perception of Corruption*”, 1989, p. 198.

bianco immacolato; e cioè, una condotta abituale e tollerata abitualmente²²².

In questo contesto risulterebbe contrario al principio di *extrema ratio* incriminare tale condotta quando non si ha la possibilità di provare per questo motivo, quali siano gli effetti di prevenzione generale delle sanzioni civili e amministrative. Per altro verso, l'introduzione di questa figura di reato contrasterebbe con quella che finora è apparsa essere la tendenza dominante nella politica criminale spagnola, secondo cui la concorrenza come bene giuridico risulta essere tutelato penalmente soltanto quando la sua alterazione influisce direttamente sul prezzo e quando, inoltre, essa si manifesta attraverso una condotta particolarmente ricca di disvalore²²³. Questa è la logica del delitto relativo all'alterazione fraudolenta del prezzo di mercato dei beni (più precisamente, l'intenzione di alterare i prezzi attraverso notizie false, l'inganno, la violenza, la minaccia o l'uso di informazioni privilegiate-art. 284) e di alterazione del prezzo delle gare pubbliche (art. 262).

6. Il reato di corruzione privata in Olanda

In Olanda, la corruzione commessa da soggetti privati (c.d. privata), a differenza della corruzione commessa dal pubblico ufficiale, che costituisce reato sin dal 1886 (anno in cui il Codice penale olandese

²²² Un esempio: è conosciuta da tutti la straordinaria generosità delle industrie farmaceutiche nei confronti dei medici, affinché utilizzino i propri prodotti e non quelli di altre imprese. Si è dovuto verificare un episodio davvero scandaloso (ricette false confezionate congiuntamente dal medico e dal rappresentante della ditta farmaceutica con la finalità di aumentare fittiziamente la domanda del prodotto), perché il tribunale intervenisse in questa pratica corruttiva, anche se, a suo parere, tale condotta, integra un caso di concorrenza sleale. Vedi STS del 7.11.2001, ED 2001/36689.

²²³ Il fatto che questi delitti si riferiscono esclusivamente al prezzo e delimitano i comportamenti tipici nel modo indicato evidenzia che la libera concorrenza è protetta penalmente come garanzia di libertà degli operatori economici. In tal modo, la concorrenza nel suo aspetto superindividuale è, in quanto strumento di politica economica, imprescindibile per garantire un funzionamento efficace del libero mercato, direttamente tutelata dalle sanzioni amministrative della LCD.

entrò in vigore), non è stata ritenuta illecito penale fino al 1967. Il motivo per cui tale criminalizzazione è avvenuta solo successivamente risiedeva nel fatto che il Codice penale del tempo mostrava scarso interesse per la tutela delle relazioni contrattuali private.

Principio generale di diritto privato (anche olandese) è l'autonomia delle parti, secondo cui ciascuno è responsabile per la scelta del proprio partner contrattuale. Cioè, la parte si assume il rischio personale che la controparte si comporti in modo non conforme a buona fede.

Come appena accennato, nel dicembre del 1967, entrò in vigore²²⁴ la legge sulla corruzione privata (*Act on criminalization of bribery of others than public servant*). La legge, attraverso l'introduzione dell'art. 328-ter²²⁵, ha finalmente disciplinato gli elementi costitutivi del reato.

L'art. 328-ter prevede e punisce la corruzione privata, sia nella forma attiva che passiva.

Due furono le principali ragioni che indussero il Legislatore a sanzionare la condotta di corruzione privata: da un lato, l'esigenza di tutelare morale pubblica e ordine pubblico, fortemente minati dalla piaga della corruzione. Dall'altro, il fatto che, né le allora esistenti sezioni del c.p., né le regole disciplinari stabilite dalle imprese private

²²⁴ Act of Novembre 23, 1967, Staatsbald, p. 565.

²²⁵ << 1. Chiunque, nell'esercizio di un pubblico servizio, o delle proprie funzioni all'interno dell'impresa, o agendo come *agent*, riceve un *gift* (utilità) o la promessa di un'utilità per un atto già compiuto o che si è omesso di compiere, o che dovrà compiere o dal quale si dovrà astenersi, nell'esercizio degli obblighi inerenti al proprio ufficio o mandato, e chiunque, in violazione delle regole di buona fede, nasconde la ricezione di tale utilità o promessa al proprio datore di lavoro o principale, è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa prevista nella *fifth category*.

2. Le pene previste al comma 1 sono, altresì, applicabili a chi dà o promette tale utilità ad altro soggetto, dipendente o *agent* dell'impresa, per un atto da questi già compiuto o omesso durante l'esercizio delle proprie funzioni o del proprio mandato, quando l'utilità o la promessa è di natura tale o fatta in circostanze tali che il soggetto possa ragionevolmente presumere che il dipendente o l'*agent*, in violazione delle regole di buona fede, non svelerà l'utilità o la promessa, al datore di lavoro o al principale>>.

e dalle società erano in grado di salvaguardare sufficientemente l'integrità delle relazioni di lavoro²²⁶.

Diversamente dalla Germania (ma anche dalla Svizzera, Austria e Svezia), la concorrenza sleale non è l'interesse tutelato dall'art. 328-ter c.p. Tale norma, come in Gran Bretagna e Francia, protegge l'integrità dei rapporti di lavoro.

Analizzando gli elementi costitutivi del reato in questione, e partendo dai *soggetti*, notiamo subito che la corruzione privata costituisce illecito penale solo nel caso in cui una delle parti coinvolte sia un dipendente o un rappresentante di un'impresa. Pertanto, non sussiste il reato quando i soggetti non rivestono tali qualifiche, atteso che in tale caso non vi è alcuna relazione di lavoro subordinato. Tale relazione, infatti, è elemento costitutivo del reato²²⁷.

Proseguendo, relativamente all'*utilità* e alla *promessa*, il processo penale deve provare che l'utilità o la promessa fatta non è il risultato dell'adempimento di una obbligazione contrattuale (ad es. la retribuzione per un servizio di consulenza), atteso che, in tal caso, non si verifica il reato di corruzione. L'utilità, infatti, deve essere data o promessa al fine specifico di ottenere che il soggetto che riceve tale utilità compia, od ometta di compiere, un atto delle proprie funzioni.

In accordo con l'art. 328-ter c.p., deve necessariamente sussistere una relazione tra l'utilità promessa e la condotta posta in essere; in altre parole, l'utilità deve essere la *causa movens*.

Non è richiesto dalla legge che tale utilità costituisca oggettivamente un vantaggio, ma è sufficiente che sia percepita come tale dal soggetto. L'utilità comprende, pertanto, qualunque cosa abbia un valore per chi la riceve²²⁸.

²²⁶ PETER TAK, *Il reato di corruzione privata in Olanda*, in ACQUAROLI R.-FOFFANI L., *cit.*, p. 145.

²²⁷ H. DE DEOLDER, *Enige opmerkingen over art. 328-ter*, in A.C. *Strafrecht in balance*, Gouda Quint, 1985, pp. 15-21.

²²⁸ Hoge Raad (Supreme Court, Abbr HR), 25.4. 1916, NJ 1916, p. 551.

L'art. 328-ter c.p. nulla dice, invece, circa la natura del comportamento posto in essere dal soggetto corrotto.

Altro elemento costitutivo del reato è il *fine* perseguito dal soggetto agente (corruttore). Ovvero la condotta illecita deve essere posta in essere al fine di indurre altri a compiere od omettere un atto delle proprie funzioni. La conoscenza, da parte di chi riceve l'utilità, del motivo che ha indotto l'autore a promettere tale utilità non è elemento costitutivo del reato purché egli sappia di ricevere un'utilità indebita.

Anche nel caso in cui il soggetto corrotto creda che il dono sia stato fatto per amicizia, accettandolo, commette reato, salva l'ipotesi in cui egli lo riveli al datore di lavoro²²⁹.

Altro elemento costitutivo del reato è rappresentato dalla colpa. Il soggetto agente (corruttore) deve prevedere o presumere, infatti, che chi riceve l'utilità, violando le regole della buona fede, non lo rivelerà al proprio principale.

Il concetto di *buona fede*, richiamato dalla norma, è incerto.

Al fine di valutare se il lavoratore ha violato o meno le regole di buona fede non rivelando la ricezione dell'utilità al datore di lavoro, occorre accertare, secondo criteri oggettivi, se sussisteva tale obbligo in capo al lavoratore. Secondo le regole generali, ogniqualvolta vi sia un ragionevole dubbio in ordine alla condotta da tenere, il lavoratore deve contattare il proprio principale, non violando così alcuna regola di buona fede.

Inoltre, per veder perfettamente integrato il reato di corruzione privata, occorre, come già detto, che il lavoratore non riveli, quando vi sia un obbligo in tal senso, l'offerta ricevuta al datore di lavoro. In caso contrario, ovvero vi sia stata rivelazione, mancherà un elemento della fattispecie.

Ciò che importa è che il fatto sia comunicato a chi riveste una qualifica di responsabile all'interno dell'azienda o dell'impresa²³⁰.

²²⁹ NOYON-LANGEMEYER-REMMERLINK, *Het wetboek Strafrecht*, Gouda Quint, p. 1140.

Infine, quanto allo *scopo della norma*, la condotta illecita, secondo la norma, consiste nella mancata rivelazione da parte di chi ha ricevuto l'utilità. La fattispecie non richiede il perseguimento di un proposito criminoso.

Per quanto concerne le pene, la corruzione privata, sia nella forma passiva che attiva, è punita con la reclusione fino ad 1 anno o con la multa fino ad Euro 45.000.

La pena prevista è piuttosto mite, se rapportata alle altre previste dal medesimo titolo del c.p. L'art. 328-*ter* appartiene, infatti, al titolo XXV c.p., il quale disciplina diversi reati come truffa (reclusione fino a 2 anni), frode (1 anno), concorrenza sleale inducendo in errore i consumatori (1 anno) e corruzione mediante intercettazione di telecomunicazioni (4 anni). Accanto alle pene principali appena dette, il giudice può ordinare la pubblicazione della sentenza e l'interdizione dall'esercizio di una professione (art. 339 c.p.), nonché la confisca dei beni che costituiscono il prodotto o il profitto del reato.

Concludendo, anche in Olanda, come nel resto dell'Europa, il dibattito sull'efficacia degli strumenti del diritto penale contro la corruzione privata è tuttora aperto.

L'art. 328-*ter* c.p. non si è rivelato, infatti, un efficace strumento per combattere la corruzione; al contrario, nonostante l'introduzione di tale norma, l'autoregolamentazione interna delle imprese sembra ancora prevalere sulla tutela penale. Tuttavia, non esistono dati disponibili sul ruolo che tali codici di condotta esercitano nella lotta alla corruzione.

7. L'autoregolamentazione delle aziende

Le aziende conoscono bene l'importanza della fase dell'implementazione, nella quotidianità della gestione operativa, che deve necessariamente seguire l'ideazione delle strategie e le

²³⁰ P. TAK, *cit.*, p. 149.

deliberazioni dei piani strategici, i quali, altrimenti, rischierebbero di restare meri atti intenzionali, con limitate probabilità di incidere sulla vita reale dei vari soggetti che interagiscono nella vita dell'azienda.

Si può affermare che, il binomio strategia-implementazione, equivale nella sostanza al rapporto *norma-attuazione*²³¹.

Proprio per questo, nella prospettiva normativa che le è propria, i progressi in tema di economia aziendale hanno precisato come indispensabile connotato sostanziale dell'azienda la *capacità di autoregolazione*, quale sistema in grado di mantenere e ripristinare il proprio ordine interno, in virtù degli aspetti di *governance* e dei meccanismi organizzativi che essa possiede come *istituzione*.

Se è vero che l'attuazione delle leggi trova difficoltà obiettive, in generale, nel condizionare i comportamenti degli individui per orientarli verso la legalità, quando si tratta di individui che operano all'interno di aziende (specie se queste sono caratterizzate da una certa struttura articolata a livelli decentrati), queste difficoltà richiedono una speciale considerazione della particolare *natura dell'impresa*, quale *struttura di governo intermedia tra la collettività e gli individui*²³².

La questione della *corruzione tra privati*, quando coinvolge comportamenti tra aziende o tra individui che rappresentano le aziende di appartenenza, deve pertanto partire da questa prospettiva: deve, cioè, partire dalle aziende, e, in particolare, dal quadro delle relazioni olistiche che si sviluppano al suo interno e nel quale si inseriscono eventuali comportamenti soggettivi illeciti. I comportamenti dei singoli, se inseriti in contesti aziendali, vanno senz'altro trattati in modo speciale rispetto a quelli di coloro che operano a titolo esclusivamente individuale: chi appartiene ad un'azienda è, infatti, inserito in un sistema di tradizioni e di consuetudini informali, oltreché di procedure e regole formali, di deleghe e di obiettivi, di

²³¹ P. BASTIA, *Sistemi di pianificazione e controllo*, Il Mulino, Bologna, 2001.

²³² P. BASTIA, *L'autoregolamentazione delle aziende per il fronteggiamento della corruzione tra privati*, in ACQUAROLI R.-FOFFANI L. (a cura di), cit., p. 214.

responsabilità e di autonomie, sempre più ampie quanto più si sale nei livelli della gerarchia.

Come istituzione economica del capitalismo, l'impresa si è trovata, un tempo, stretta tra i poli del *capitalismo classico* di Adam Smith, retto sui principi morali della probità e dell'equità, e dell'accusa di immoralità della prospettiva marxista.

Oltre questi due estremi storicamente superati, oggi ci si muove in una prospettiva pragmatica, che, da un lato, non può disconoscere sia la presenza diffusa che la funzione sociale assegnate alle aziende nella moderna struttura capitalistica, mentre dall'altro lato, deve anche registrare gli episodi di criminalità economica che proprio per la potenza d'azione dell'azienda risultano particolarmente gravi²³³.

I recenti scandali finanziari rappresentano una sconfitta del diritto, insufficiente da solo a garantire il regolare esercizio dell'attività di impresa, e rendono necessario il ricorso a strategie socialmente responsabili, come l'adozione di codici etici: uno strumento attraverso il quale l'impresa attesta la propria intenzione di adottare strategie

²³³ Al riguardo si pensi all'opera del sociologo Edwin Sutherland ("Il crimine dei colletti bianchi") nella quale l'autore, con dovizia e vigore, descrive gli illeciti commessi da imprese e da soggetti appartenenti agli strati superiori della società. Sutherland ridimensiona le teorie del comportamento criminale, che spiegano la delinquenza sulla base di fattori tra i quali la disgregazione familiare, dimostrando come gli autori dei reati, presi in considerazione nello studio, avessero ricevuto l'educazione migliore, beneficiando di privilegi e ricchezze. Sutherland passò in rassegna i reati commessi dalle imprese finendo, poi, col dire che si trattava di comportamenti non molto diversi dai crimini comuni, quali i furti e le rapine, sicuramente più famosi agli occhi della collettività. Secondo il sociologo suddetto, molte condotte devianti ed illegali dei colletti bianchi, sono ignorate o trattate con ingiustificata indulgenza perché i soggetti chiamati ad applicare la normativa contro i crimini spesso appartengono alla medesima classe sociale dei rei e in qualche caso si erano resi autori delle stesse o di analoghe forme di comportamento illecito. Sutherland pose l'accento anche sulla dannosità del crimine dei colletti bianchi. Un reato comune tende ad unire la comunità: la gente esprime un compatto disprezzo nei confronti dei criminali comuni e del crimine comune, ne trae conferma del proprio senso di superiorità, grazie anche alla vivida descrizione fornita dai *mass media* e dalle condanne che spesso vengono irrogate. Differente, invece, il discorso per i crimini dei colletti bianchi; quest'ultimi hanno meno visibilità sui *mass media*, e di conseguenza generano meno sdegno da parte della gente comune, ma le conseguenze di un crimine effettuato da un colletto bianco possono essere ben più dannose rispetto ad un reato da strada. Perciò, per Sutherland, i crimini dei colletti bianchi sono quelli veramente pericolosi e dannosi per la società nella sua interezza.

“socialmente responsabili”, accreditando così la propria immagine sul mercato. Si tratta di un documento in cui l’impresa enuncia i valori su cui si fonda l’attività produttiva, dichiara le responsabilità che intende assumere verso ciascuna categoria di stakeholders²³⁴, e specifica le direttive aziendali per l’attuazione delle proprie strategie. E’ un’operazione che compete ai soci, che possono discrezionalmente fissare gli obiettivi dell’impresa e imporne il rispetto ai dipendenti, autoregolamentando l’attività interna.

La questione fondamentale è vedere che valore abbia il codice etico all’interno dell’ordinamento giuridico, e soprattutto in che rapporto si pone esso con la norma penale.

La stessa dottrina esclude unanimemente i codici etici dal novero delle fonti del diritto, non rientrando gli stessi in nessuno degli atti o fatti idonei a produrre diritto nel nostro ordinamento²³⁵.

In assenza di un tessuto istituzionale e culturale che ne garantisca l’efficacia, i codici etici possono rivelarsi vuote declamazioni, sostenute dalle imprese nel <<tentativo di salvare l’immagine sociale, allo scopo di legittimare a tutti i costi, e in tutti i settori, il suo operato>>²³⁶.

Tuttavia, si ritiene estremamente interessante l’introduzione di meccanismi di valutazione “giuridica” dei codici di autoregolamentazione. Ne rappresenta un esempio la disciplina sulla responsabilità amministrativa delle imprese approvata dal legislatore italiano nel 2001. Secondo tale provvedimento (D.lgs. 231/2001), la mancata adozione del modello organizzativo (definito *compliance program*), non costituisce di per sé un illecito, essendo l’adozione del

²³⁴ Categoria assai ampia, comprensiva sia di soggetti che hanno un rapporto contrattuale con l’impresa (consumatori, fornitori, dipendenti, risparmiatori), sia di soggetti che non sono legati a quest’ultima da uno specifico rapporto, come la comunità nella quale opera l’impresa, il governo o le stesse autorità statali.

²³⁵ CRISAFULLI V.-DE LUCA L., <<*Fonti del diritto*>>, in Enc. Dir., XVII, Milano, 2003, che sottolineano come, negli stessi Paesi di Common Law, i codici di autodisciplina non assumono il rango di fonti del diritto, nonostante la maggiore elasticità nella gerarchia delle fonti.

²³⁶ ROSSI G., <<*L’etica degli affari*>>, in Riv. Soc., 1992, p. 551.

programma una causa di esclusione della responsabilità per colpa della società in caso di reati commessi dai soggetti nella posizione di cui all'art. 5, comma 1, del decreto suddetto²³⁷.

Per questa via, e ai sensi del D.lgs. 231/2001, le modalità di attuazione e l'eventuale violazione dei modelli organizzativi contenuti nei codici etici potrebbero assumere rilevanza giuridica. Del resto, per quanto è dato di dedurre dalle prime pronunce di merito, la giurisprudenza sembra orientarsi nella direzione di un controllo sostanziale, e non meramente formale, dei modelli organizzativi²³⁸.

In definitiva, lo strumento dell'autodisciplina nelle aziende sembrerebbe costituire un primo presidio nei confronti di tutti quei comportamenti potenzialmente illeciti che avvengono all'interno delle imprese stesse; ovviamente, come rilevato dalla stessa Confindustria, un punto qualificante nella costruzione del modello è costituito dalla previsione di un adeguato sistema sanzionatorio per la violazione del codice etico²³⁹. Di conseguenza, l'esistenza della norma penale è indispensabile, soprattutto in quei casi nei quali la condotta illecita sia "sfuggita" all'ambito di operatività del sistema sanzionatorio contemplato dal codice etico.

Tuttavia, nonostante la materia concernente i codici etici interni delle imprese sia molto interessante in considerazione del ruolo pedagogico-

²³⁷ Art. 5 D.lgs. 231/2001 – *Responsabilità dell'ente* – 1. *L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a); 2. L'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi.*

²³⁸ Trib. Roma, ordinanza 4 Aprile 2003, in Foro It., 2004, II, p. 318. Così il Tribunale di Roma, ha negato che il modello organizzativo, adottato dalla società imputata, fosse idoneo a giustificare la revoca delle misure cautelari, in base ad argomentazioni basate proprio sulla comparazione delle misure attuate dalla società con i criteri indicati dalle linee guida della Confindustria. L'organo giudicante ha, pertanto, dichiarato inefficace il modello e sanzionato l'ente per illecito amministrativo dipendente da reato.

²³⁹ Ad esempio, nel caso di violazione del codice etico, è possibile adottare misure quali l'adibizione del dipendente ad altra area aziendale, purché ciò non comporti un suo demansionamento.

dissuasivo che tali autoregolamentazioni possono svolgere rispetto alla corruzione tra privati all'interno dell'impresa, non ci si può nascondere che l'autoregolamentazione è destinata ad avere poca efficacia nella fase della c.d. criminalizzazione secondaria, vale a dire della trattazione giudiziale in prospettiva sanzionatoria di queste condotte²⁴⁰. Dal punto di vista dell'ordinamento italiano, il tema si complica ulteriormente perché le norme civili esistenti assicurano la disponibilità di strumenti idonei al trattamento della corruzione tra privati in ambito societario con effetti di danno. Ma a questa ampia disponibilità di strumenti di intervento fa da contrappunto l'assoluto silenzio circa il trattamento in sede giudiziale di questi comportamenti che pure notoriamente esistono²⁴¹. Risulta che tali comportamenti non sono sottoposti al giudizio, neppure a quello (di gran lunga meno invasivo) civile perché sono trattati e risolti altrimenti, negli *interna corporis* o nei silenziosi ambiti delle composizioni stragiudiziali. Di conseguenza, ci troveremo solamente al cospetto di una norma (ossia l'art. 2635 c.c.) con funzione meramente pedagogica e quindi sostanzialmente inutile, posto che già vigono istituti civilistici ampiamente in grado di assicurare tale opera dissuasiva (e purtuttavia connotati dall'ineffettività). Inoltre, avremo a che fare con un fenomeno ancora più preoccupante, ancora meno compatibile con il principio di residualità del diritto penale: con una "norma penale spettacolo" che, proprio se combinata con l'impulso all'autodisciplina

²⁴⁰ CARLETTI E., *La corruzione nel settore privato tra tutela penale e sanzioni civili*, in ACQUAROLI – FOFFANI, *cit.*, p. 229.

²⁴¹ Si pensi alle norme di carattere generale sulla responsabilità dei rappresentanti, come l'art. 1394 c.c. che disciplina il conflitto tra rappresentante e rappresentato, a quelle che regolano la condotta dei soggetti legati all'impresa da un rapporto di lavoro dipendente, come l'art. 2105 c.c. che impone l'obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro e che trova i suoi riflessi nella responsabilità disciplinare di cui all'art. 2106 c.c. e nella possibilità del recesso per giusta causa ex art. 2119 c.c., fino alle regole codicistiche che concernono espressamente gli organi societari. Queste ultime sono dettate dall'art. 2390 c.c., che impone all'amministratore il divieto di concorrenza, dall'art. 2391 c.c. che disciplina il conflitto di interessi e, soprattutto, dall'art. 2392 c.c. che delinea gli obblighi degli amministratori di società e dà sostanza alla responsabilità alla quale si espongono gli amministratori qualora violino tali obblighi con pregiudizio per la società.

di impresa²⁴², appare non solo destinata all'assoluta ineffettività, ma addirittura orientata a procurare un effetto di apparenza e di vera e propria disinformazione²⁴³.

Se all'inserimento di una "norma penale spettacolo" nella materia si accompagna la creazione di codici etici aziendali, c'è da attendersi, infatti, che la "norma spettacolo" finisca per comportare un esito addirittura opposto rispetto a quello (almeno educativo) prospettato.

Pericolo particolarmente accentuato nel settore della criminalità economica nel quale, come insegna la storia plurisecolare della bancarotta, l'esistenza di una fattispecie penale assume (anche) il ruolo (moralistico) di definire *a contrario* la figura dell'imprenditore onesto e dunque a ribadire la correttezza dell'imprenditore che non delinque.

Cosa potrà, dunque, succedere nel caso nel quale, da un lato, si diffondono i codici etici e, dall'altro, non si riscontrino casi di applicazione della nuova fattispecie? Vorrà dire che non esistono ipotesi di corruzione, le statistiche giudiziarie consentiranno di affermare che nel nostro Paese non si verificano casi di corruzione interna alle imprese in forma societaria? Io credo che si debba riflettere con particolare attenzione su questo aspetto: il rischio che si corre è, infatti, quello di attingere un risultato opposto a quello dichiaratamente perseguito da una regola che attesti la propria operatività sul mero livello pedagogico. Si tratterebbe di una norma penale che non solo non ha senso già in quanto destinata *ex ante* all'ineffettività, ma che potrebbe essere utilizzata per accampare l'assenza *in rerum natura* di condotte come quelle là tipicizzate, così attestando una presunzione di correttezza degli operatori economici ancora più avvalorata (pure se del tutto apoditticamente e in termini autoreferenziali) dal fiorire di codici etici o di protocolli interni di controllo preventivo.

²⁴² Si pensi a quei protocolli di controllo interno preventivo che sono, in sostanza, imposti normativamente, come la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti (art. 6 d.lgs. 231/2001).

²⁴³ CARLETTI E., *cit.*, p. 238.

8. Il disegno di legge S-19

Nella sua prima giornata a Palazzo Madama (15 Marzo 2013), il neo senatore del Partito Democratico, nonché ex Procuratore nazionale antimafia, Pietro Grasso, ha presentato²⁴⁴ un disegno di legge, tra l'altro, contro la corruzione, rimarcando come l'Italia *“non possa più attendere, in quanto la corruzione ha un costo economico e sociale altissimo, altera il mercato, deprime gli investimenti e lascia ampi spazi di manovra alla criminalità, soprattutto in un periodo di crisi profonda come quello che stiamo attraversando”*²⁴⁵.

Si tratta di un disegno di legge molto interessante, comprendente disposizioni in materia di corruzione, voto di scambio, falso in bilancio e riciclaggio.

Per quanto concerne il nostro lavoro, ossia la *corruzione tra privati*, nella Relazione di accompagnamento al d.d.l., si legge, tra l'altro, di ritenere indispensabile un intervento che riscriva l'articolo 2635 c.c.; in particolare, la previsione di reato di pericolo e non di danno, con la conseguente eliminazione della punibilità a querela nonché l'applicazione della medesima sanzione prevista per i dirigenti al fatto corruttivo commesso dai dipendenti.

In concreto, l'articolo 2 del disegno di legge²⁴⁶ prevede le seguenti modificazioni:

a) il primo comma è sostituito dal seguente:

<<Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i

²⁴⁴ Per l'esattezza il ddl in questione è stato presentato per iniziativa dello stesso Pietro Grasso nonché di altri trenta senatori.

²⁴⁵ Intervista a Pietro Grasso apparsa sul quotidiano *“Il sole 24 ore”* del 15 Marzo 2013.

²⁴⁶ Più precisamente, l'art. 2 del *Capo I*, intitolato *“Disposizioni in materia di corruzione e di scambio elettorale politico-mafioso”*.

liquidatori nonché coloro che sono sottoposti alla direzione o vigilanza di uno dei predetti soggetti, che, a seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilità, per sé o per altri, compiono od omettono atti, in violazione dei loro doveri, sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni>>.

b) il secondo ed il quinto comma sono abrogati.

Come si evince da tale seppur provvisorio provvedimento, non si comprende la *ratio* dell'abbassamento del minimo edittale (da un anno a sei mesi) di cui al primo comma. Prendendo come spunto la Relazione di accompagnamento al disegno di legge, ciò potrebbe essere dovuto alla previsione della medesima pena detentiva dettata per i dirigenti, agli stessi dipendenti di quest'ultimi²⁴⁷.

Rilevato questo dettaglio, se vogliamo di poco conto, ciò che preme sottolineare, è la volontà di andare in direzione opposta a quello che è considerato da tutti il vero ostacolo all'emergere di fatti corruttivi all'interno delle imprese; ossia, l'abrogazione totale dell'attuale quinto comma (la perseguibilità a querela di parte nonché il concetto alquanto vago relativo alla distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni e servizi).

Detto questo, dobbiamo solo attendere che anche la Camera dei Deputati si allinei con le previsioni del Senato.

²⁴⁷ Sembra una scelta intermedia, una “via di mezzo”, una sorta di “fusione” tra il primo e il secondo comma dell'art. 2635 c.c. nella sua versione attuale (di cui alla Legge 190/2012). Ricordiamo che, il primo comma prevede la pena della reclusione, per i dirigenti, in senso lato, da un anno a tre anni; mentre il secondo comma prevede una pena detentiva fino ad un anno e sei mesi per i dipendenti dei soggetti di cui al primo comma.

CONCLUSIONI

La lotta alla corruzione è diventata una priorità nelle agende politiche internazionali, anche per effetto della profonda crisi che coinvolge le più avanzate economie mondiali: il diffondersi delle prassi corruttive, minando la fiducia dei mercati e delle imprese, determina, tra i suoi molteplici effetti, una perdita di competitività per i Paesi.

Il raffronto tra i dati giudiziari (denunce e condanne) e quelli relativi alla percezione del fenomeno corruttivo evidenzia un rapporto inversamente proporzionale tra corruzione <<praticata>> e corruzione <<denunciata e sanzionata>>: mentre la seconda si è in modo robusto ridimensionata negli ultimi venti anni, la prima è ampiamente lievitata.

I costi, anche solo percepiti, del fenomeno corruttivo sono enormi: dai costi <<economici>> stimati dalla Corte dei Conti, all'impatto, particolarmente pesante di essi sulla crescita del Paese, perché la corruzione diffusa altera, innanzitutto, la libera concorrenza e favorisce la concentrazione della ricchezza in capo a coloro che accettano e beneficiano del mercato della tangente a scapito di coloro che invece si rifiutano di accettarne le condizioni. Senza dimenticare che le imprese che operano in un contesto corrotto e che devono pagare tangenti crescono in media quasi del 25 per cento in meno di quelle che non devono affrontare tale problema.

L'entità del fenomeno corruttivo e la sua percezione sociale ne impongono una prioritaria valutazione all'interno di un intervento che sia al tempo stesso razionalmente condiviso ed efficace sul profilo preventivo e sanzionatorio, allo scopo, soprattutto, di favorire l'attrazione degli investitori stranieri.

Sebbene, infatti, sia stato ormai unanimemente riconosciuto in sede internazionale che la corruzione ostacola lo sviluppo economico e contrasta con i principi di buon governo e di etica della politica e che, specie se di livello <<sistemico>>, finisce con il costituire una

minaccia per lo stato di diritto, la democrazia, il principio di uguaglianza e la libera concorrenza, nel nostro Paese non è stata intrapresa, fino ad ora, un'azione di contrasto effettivamente efficace.

Se la legge 190/2012, è da considerare un risultato comunque utile, perché è riuscita ad inserire nel nostro ordinamento figure di reato in linea con le istanze europee, adesso è, però, assolutamente necessario rendere questa legge più incisiva e completa, per fare sì che possa finalmente rappresentare una svolta decisiva nel contrasto alla corruzione.

Sennonché, nonostante questi utili ed opportuni interventi riformatori, il legislatore non è riuscito ad elevare in modo significativo il livello di effettività dello statuto penale della corruzione.

Innanzitutto, i vari interventi riformatori non sono stati capaci di accorciare le distanze tra la struttura delle fattispecie incriminatrici e la dimensione empirico-criminologica della moderna corruzione sistemica. In effetti, il modello di tutela vigente è calibrato su una fenomenologia corruttiva occasionale e non sistemica.

In secondo luogo, i pur numerosi interventi che hanno riguardato il sistema sanzionatorio non sono stati in grado di potenziare il livello di effettività della pena minacciata per i reati di corruzione. In effetti, continua ad essere eccessivo lo iato tra la pena effettivamente minacciata dai reati di corruzione e quella effettivamente irrogata in concreto al termine del processo, pena che spesso neppure viene eseguita per effetto del sopraggiungere della prescrizione. Infine, gli interventi di riforma non si sono mossi nella direzione della individuazione di strumenti sostanziali e latamente processuali volti a favorire l'emersione dei fatti corruttivi. In effetti, un punto di criticità del sistema repressivo riguarda l'evidente difficoltà di accertamento dei fatti di corruzione che, oltre ad essere legata al carattere sinallagmatico del patto corruttivo, dipende anche dalle peculiari caratteristiche assunte dalle nuove forme di manifestazione della

corruzione, e segnatamente dalla perdita di “dualità” del patto corruttivo e dalla “liquefazione” della prestazione corruttiva, che la rende difficilmente accertabile ed individuabile in tempi ragionevoli, come dimostrano i bassi livelli di corruzione registrata²⁴⁸.

Ma il *deficit* di effettività dell'apparato repressivo di contrasto alla corruzione, oltre ad essere legato ai limiti degli interventi riformatori, va ascritto anche ai numerosi interventi legislativi, settoriali e di sistema, che hanno finito per incidere negativamente, ancorché indirettamente, sul sistema repressivo di contrasto alla corruzione. Si pensi, ad esempio, alla riforma dei reati societari avvenuta con il d.lgs. 61/2002, nonché a quella relativa ai reati tributari di cui al d.lgs. 74/2000.

In secondo luogo, la riforma della prescrizione realizzata con la legge 251/2005 (c.d. ex Cirielli) ha diminuito il livello di effettività delle pene dei delitti di corruzione, visto che ha comportato una sensibile riduzione dei tempi di prescrizione per tali delitti.

Infine, e soprattutto, sul livello di effettività della pena dei delitti di corruzione ha inciso anche il problematico e disorganico processo riformatore del sistema sanzionatorio, che ha portato alla perdita di centralità del modello codicistico di commisurazione della pena, basato sugli artt. 132 e 133 c.p. e sulle circostanze aggravanti ed attenuanti. In effetti, le sanzioni sostitutive, le misure alternative all'esecuzione della pena, ed in particolare il patteggiamento e il giudizio abbreviato, incidono sensibilmente sulla determinazione del *quantum* della pena irrogabile in concreto, andando ad alterare il rapporto di proporzione

²⁴⁸ Col termine perdita di “dualità” del patto si intende che, nella vicenda corruttiva sono coinvolti oltre al corrotto e al corruttore anche altri soggetti con ruoli e funzioni diverse. Con la conseguenza che risulta problematico ricostruire il processo formativo della deliberazione corruttiva, visto che le tangenti sono destinate a soggetti “lontani” dall'imprenditore, e perciò, il rapporto tra atto retribuito, tangente, corrotto e corruttore tende ad opacizzarsi. Si pensi ai c.d. faccendieri che svolgono sovente funzione di filtro tra corrotto e corruttore, prestandosi a consulenze fittizie per occultare la tangente pagata al corrotto. Per quanto riguarda la c.d. “liquefazione” della prestazione corruttiva si pensi, ad esempio, alle ipotesi in cui la tangente venga pagata a rate e in tempi diversi.

tra pena concretamente irrogata e disvalore del fatto, fungendo, in sostanza, come una vera e propria “via di fuga”, nonostante la gravità del fatto commesso.

Sennonché, non c'è dubbio che un contributo alla soluzione del problema dell'ineffettività delle pene dei delitti di corruzione non può giungere da un innalzamento dei limiti edittali delle pene principali previste per le diverse forme di corruzione. In effetti, l'inasprimento della pena, se può essere appagante sul piano meramente “politico”, in quanto può ingenerare nell'opinione pubblica l'impressione del potenziamento dell'azione repressiva, se può risultare appagante sul piano processuale, in quanto può comportare l'innalzamento dei termini di prescrizione e l'utilizzabilità di efficaci strumenti d'indagine, sul versante dell'effettività della pena è controproducente, in quanto aumenta il rischio di divaricazione tra il livello della pena minacciata e quella in concreto irrogata. Piuttosto, anche se la soluzione al problema della ineffettività delle pene dei delitti di corruzione presuppone prima di tutto la razionalizzazione del sistema sanzionatorio e dei meccanismi di commisurazione della pena, più appagante potrebbe risultare un intervento riformatore sulla disciplina delle pene accessorie a contenuto interdittivo, che con riferimento ai delitti di corruzione paiono particolarmente efficaci. In particolare, si potrebbe immaginare di emancipare la durata e la tipologia delle pene accessorie dal requisito del *quantum* della pena irrogata in concreto, collegandole esclusivamente alla tipologia del delitto di corruzione commesso.

Infine, un solido sistema repressivo contro la corruzione deve potere contare su strumenti capaci di confrontarsi con il carattere mirabilmente oscuro della corruzione.

Nell'individuazione degli strumenti in grado di favorire l'accertamento della corruzione, anzitutto, occorre interrogarsi su quelli capaci di rompere il sodalizio criminoso tra corrotto e corruttore.

Ebbene, la non negoziabilità dell'esercizio dell'azione penale e la conseguente assenza di strumenti processuali capaci di favorire la propensione alla denuncia, spingono necessariamente verso l'individuazione di misure sostanziali di carattere premiale volte a favorire la propensione alla denuncia e a rompere il sodalizio criminoso. Pertanto, le soluzioni prospettabili, sono due: la previsione di una causa di non punibilità o di una circostanza attenuante per il compartecipe necessario che collabora in modo fattuale all'accertamento giudiziario del fatto corruttivo.

Tali soluzioni si attagliano anche alla corruzione in ambito privato. Come abbiamo già detto, si tratta di una forma illecita di accordo, nella quale i soggetti coinvolti sono legati da un vincolo particolarmente impermeabile da chiunque voglia (o tenti), invece, svelarne l'illiceità.

Tutto ciò è rafforzato, soprattutto, dall'atteggiamento timido e distaccato del nostro Legislatore, il quale, nei momenti decisivi delle riforme, non ha saputo lasciare il segno in modo veramente efficace.

La fattispecie di cui all'art. 2635 c.c. è stata sin dalla sua nascita (ad opera del D.lgs. 61/2002), una norma limitata nel suo ambito di applicazione (ossia le società commerciali) e, perfino, da alcuni, definita "norma spettacolo".

Avere nel nostro ordinamento una fattispecie come quella suddetta, significa aver "accontentato", ma solo formalmente, le istanze provenienti dall'Europa. Sostanzialmente, tale norma non è (quasi) mai entrata nelle nostre aule giudiziarie.

Ciò è dovuto, soprattutto, al fatto che il nostro Legislatore, così come nel 2002, si è ripetuto a distanza di dieci anni esatti (2012), mantenendo "l'ostacolo" costituito dalla perseguibilità a querela di parte.

Inoltre, l'attuale fattispecie disciplina con pene differenti le condotte commesse dai vertici della società corrotta rispetto alle medesime condotte dei dipendenti delle stesse figure apicali (per i primi la

reclusione da 1 a 3 anni, per i secondi fino a 1 anno e 6 mesi). Per di più, l'art. 2635 c.c. punisce con le pene appena dette il fatto commesso dal corruttore. Da ciò si evince un'evidente sperequazione, che consente al corruttore di "scegliere" il proprio interlocutore; converrà, pertanto, corrompere un soggetto alle dipendenze di una figura apicale (ovviamente al solo fine dell'entità della pena, in quanto il soggetto alle dipendenze della figura apicale avrà un minor potere operativo all'interno dell'impresa).

Infine, la norma in questione, nel suo 5° comma, prevede la procedibilità d'ufficio nel caso in cui risulti essersi prodotta una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi come conseguenza della vicenda corruttiva. Tale formula, alquanto vaga, si porta con sé e rafforza i dubbi, già in precedenza rilevati, sull'efficacia della norma stessa.

Non si capisce quando una pratica corruttiva possa realmente distorcere la concorrenza; basta una semplice vicenda corruttiva fra due imprese oppure è necessario che ciò avvenga su vasta scala ricomprendendo molteplici imprese operanti in un determinato settore produttivo? Ed inoltre, le piccole imprese possono influenzare la concorrenza? I dubbi potrebbero essere risolti, perlomeno, da una auspicabile pronuncia giurisprudenziale, che, allo stato, fatica ad emergere.

Tuttavia, uno spiraglio di luce in fondo al tunnel, sembra provenire dal d.d.l. 19-S, che pur sempre nella sua prima stesura prevede e risolve, condivisibilmente, le perplessità poc'anzi dette.

Innanzitutto, nel testo parifica le pene per i fatti commessi tanto dai dirigenti quanto dai dipendenti degli stessi; ma soprattutto, abroga il famigerato 5° comma, che contiene il vero ostacolo all'emergere delle condotte illecite descritte nell'art. 2635 c.c., riportando la fattispecie alla più volte sperata perseguibilità *ex officio*.

Concludendo, il d.d.l. 19-S sembra migliorare, pur nelle sue intenzioni, la fisionomia dell'art. 2635 c.c.; tuttavia, tale provvedimento attende l'approvazione anche dell'altro ramo del Parlamento, il quale, mio malgrado, si trova, attualmente, impantanato su questioni personali di questo o quel parlamentare con ripercussioni sulla tenuta del Governo, dando l'impressione di dimenticarsi che il fenomeno corruttivo tra privati è una pratica che coinvolge e debilita la società civile nella sua interezza.

A livello europeo, anche le legislazioni degli altri Paesi a noi più vicini paiono essere alquanto lacunose. Da un lato, vi sono Paesi (come la Germania o l'Olanda) che prevedono la corruzione dei dipendenti *lato sensu* (e non quella del datore di lavoro); dall'altro, ordinamenti come quello spagnolo che contemplano fatti, riconducibili alla corruzione, nell'ambito esclusivamente civilistico relativo al rapporto di lavoro tra dipendente e datore di lavoro. Per di più, in Francia e in Olanda, l'integrazione del reato è riconducibile al fatto che il dipendente (corrotto) non abbia rivelato al proprio datore di lavoro l'accettazione della dazione illecita (o indebita); di conseguenza non viene menzionato il nocumento (o danno) all'impresa, presso il quale opera il subordinato, racchiudendo tutta la vicenda corruttiva in un'ottica contrattuale (relativa alla violazione o meno della fedeltà che lega il dipendente al proprio datore di lavoro).

In conclusione, l'ordinamento italiano condivide, con diversi Paesi dell'area europea, la difficoltà a far emergere in sede giudiziaria l'esistenza del *pactum sceleris* che fonda la corruzione tra privati. Una soluzione potrebbe essere quella di prevedere, in ogni caso, la perseguibilità d'ufficio, senza limitarla a determinate ipotesi, come, invece, contempla l'ordinamento tedesco. Tuttavia, a ciò, dovrebbe affiancarsi anche la previsione di idonei strumenti processuali che siano in grado di svelare l'accordo illecito (in particolare, attraverso l'utilizzo delle intercettazioni telefoniche e ambientali e, quindi,

riformulando l'art. 266 c.p.p., nonché predisponendo un'efficace causa di non punibilità per chi intenda “rompere” il sodalizio criminale).

BIBLIOGRAFIA

Dottrina italiana

- Acquaroli R. – Foffani L. (a cura di), *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Milano, Giuffrè, 2003;
- Aldrovandi P., *Art. 2635 c.c.*, in AA.VV., *I nuovi reati societari*, a cura di Lanzi-Cadoppi, Cedam, Padova, 2002.
- Amati E., *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in AA.VV., *Reati societari*, a cura di A. Rossi, Torino, 2005.
- Amato G., *Puntualizzazioni giurisprudenziali in tema di turbata libertà degli incanti*, in *Cass. pen.*, 1999.
- Antolisei F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, a cura di L. Conti, I, 11^a ed., Milano, 1999.
- Bastia P., *L'autoregolamentazione delle aziende per il fronteggiamento della corruzione tra privati*, in Acquaroli R.-Foffani L. (a cura di), cit.

- Bastia P., *Sistemi di pianificazione e controllo*, Il Mulino, Bologna, 2001.
- Battaglini G., *La querela*, Torino, 1958.
- Bellacosa M., *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e responsabilità penali*, Giuffrè, Milano, 2006.
- Bologna A., *L'illecito sportivo nella nuova normativa*, in *Riv. Dir. Sport.*, 1990.
- Borlini L. – Magrini P., *La lotta alla corruzione internazionale dall'ambito OCSE alla dimensione ONU*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2007.
- Bricchetti R., *Corruzione tra privati: la mutazione dell'etichetta*, in AA.VV., *Legge anticorruzione: disciplina amministrativa e modifiche al codice penale*, suppl. a *Guida al dir.*, 2012.
- Bricchetti R. – Pistorelli L., *Spunta la corruzione dei revisori*, in *Guida al dir.*, 2006, fasc. 4.
- Carletti E., *La corruzione nel settore privato tra tutela penale e sanzioni civili*, in Acquaroli – Foffani (a cura di), *cit.*
- Casartelli G. – Papi Rossi A., *Le misure anticorruzione. Legge 6 novembre 2012, n. 190*, Giappichelli, Torino, 2012.

- Cerqua L.D., *La corruzione tra privati*, in *La riforma dei reati societari (atti del Seminario, Macerata, 21 marzo 2003)*, a cura di Piergallini, Giuffrè, Milano, 2004.
- Cingari F., *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, in *Itinerari di Dir. Pen.*, Giappichelli, Torino, 2012.
- Crisafulli V. - De Luca L., <<*Fonti del diritto*>>, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 2003.
- Cristiani A., *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in *ID.*, *Commentario di diritto penale delle società e del credito*, Giappichelli, Torino, 2003.
- Fiandaca G. – Musco E., *Diritto penale, parte speciale*, volume I, IV ed., (ristampa aggiornata al decreto sicurezza d.l. 92/2008), Zanichelli, Bologna, 2008.
- Foffani L., *Le infedeltà*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di Alessandri, Giuffrè, Milano, 2002.
- Gullo A., *Spunti critici in tema di infedeltà patrimoniale a seguito di dazione o promessa di utilità*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2003.

- Lamberti A., *La frode sportiva*, Napoli, 1990.
- La Monica M., *I reati fallimentari*, II ed., Milano, 1999.
- Maccari A.L., *Art. 2635 c.c.*, in AA.VV., *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di F. Giunta, Giappichelli, Torino, 2002.
- Mancuso E.M., *Le condizioni di procedibilità nel nuovo diritto penale societario*, in A. Giarda – Seminara S. (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002.
- Martini A., *Commento all'art. 2635 c.c. – Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in *Leg. Pen.*, 2003.
- Masullo M.N., *Art. 2635 c.c.*, in *Le fonti del diritto italiano, Leggi penali d'udienza*, a cura di T. Padovani, Giuffrè, Milano, 2003.
- Mazzotta G., *Il delitto di corruzione tra privati*, in AA.VV., *I nuovi delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2013.
- Militello V., *I reati di infedeltà*, in *Diritto penale e processo*, 2002, n. 6.

- Militello V., *Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro diritto societario*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 2000.
- Militello V., *L'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità: i soggetti attivi*, in A. Giarda – S. Seminara (a cura di), *I nuovi reati societari*, Diritto e processo, Padova, 2002.
- Mucciarelli F., *Comparaggio (voce)*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. II, Torino, 1988.
- Musco E., *I nuovi reati societari*, III ed., Giuffrè, Milano, 2007.
- Padovani T., *Commento all'art. 1 l. 13 dicembre 1989, n. 401*, in *Leg. Pen.*, 1990.
- Padovani T., *La messa "a libro paga" del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in AA.VV., *Legge anticorruzione: disciplina amministrativa e modifiche al codice penale*, suppl. a *Guida al dir.*, 2012.
- Palazzo F.C. – Paliero C.E., *Art. 2635 c.c.*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ed., Cedam, Padova, 2007.
- Pedrazzi C., *Problemi e prospettive del diritto penale dell'impresa pubblica*, in *RIDPP*, 1966.

- Pedrazzi C., voce *Società commerciali (Disciplina penale)*, in *Dig. Disc. Pen.*, XIII, Torino, 1998.
- Riverditi M., *Frodi negli incanti e nelle licitazioni*, in Antolisei F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, volume II, Milano, 2008.
- Romano M., *Art. 353 c.p.*, in Romano M., *I delitti contro la Pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubbliciste, Artt. 336-360 cod. pen.*, Milano, 1999.
- Romano M., *Tecniche normative nella repressione penale di abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Il diritto penale delle società commerciali*, a cura di P. Nuvolone, Milano, 1971.
- Romano M. – Grasso G., *Commentario sistematico del codice penale*, II, 2^a edizione, Milano, 1996.
- Rossi G., <<*L'etica degli affari*>>, in *Riv. Soc.*, 1992.
- Santoriello C., *Il nuovo diritto penale delle società*, UTET, Torino, 2003.
- Santoriello C., *Il reato di corruzione dei revisori*, in *La disciplina penale dell'economia, Società, fallimento, finanza*, a cura di C. Santoriello, Vol. I, Giappichelli, Torino, 2008.

- Santoriello C., *Le fattispecie penali commesse nell'ambito dell'attività di revisione contabile*, in Santoriello C. (a cura di), *La disciplina penale dell'economia, società, fallimento, finanza*, I, Torino.
- Seminara S., *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, in *RIDPP*, 1993.
- Traversi A., *Diritto penale dello sport*, Milano, 2001.
- Vidiri G., *La frode sportiva: soggetti e condotta nel reato*, in *Riv. Dir. Sport.*, 1992.
- Venditti R., *Comparaggio (voce)*, in *Enc. Dir.*, vol. VII, Milano, 1960.
- Zannotti R., *Il nuovo diritto penale dell'economia*, II ed., Giuffrè, Milano, 2008.
- Zannotti R., *La corruzione privata: una previsione utile nel nostro ordinamento? Riflessioni su un dibattito in corso*, in *Ind. Pen.*, 2005.

Dottrina straniera

- Adan Nieto Martin, *La corruzione nel settore privato: riflessioni sull'ordinamento spagnolo alla luce del diritto comparato*, in Acquaroli R. – Foffani L., cit.
- Alonso Olea – Casas Baamonde, *Derecho del Trabajo*, 18 ed., Civitas, Madrid, 2001.
- De Deolder H., *Enige opmerkingen over art. 328-ter*, in A.C. *Strafrecht in bilance*, Gouda Quint, 1985.
- De La Cuesta Arzamendi J.L. – Blanco Corsero I., *La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato*, in Acquaroli R. – Foffani L. (a cura di), cit., Milano, 2003.
- Huber B., *Introduzione*, in Acquaroli R. – Foffani L., cit., Milano, Giuffrè, 2003.
- Lucas De Leyssac – Parleani, *Droit du marché*, PUF, Paris, 2002.
- Lucas De Leyssac M.P., *Il delitto di corruzione dei dipendenti in Francia*, in Acquaroli R. – Foffani L., cit., 2003.

- Martinez Bujan Perez, *Derecho penal economico* PE, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- Massaguer, *Commentario a la ley de compentencia desleal*, Civitas, Madris, 1999.
- Montoya Melgar, *Derecho del trabajo*, 19 ed., Tecnos, Madrid, 1988.
- Noyon – Langemeyer – Remmerlink, *Het wetboek Strfrecht*, Gouda Quint.
- Peter Tak, *Il reato di corruzione privata in Olanda*, in Acquaroli R. – Foffani L., cit., 2003.
- Ronnau T., *Wirtschaftskorruption*, in Achenbach H.-Ransiek A. (a cura di), *Handbuch Wirtschaftsstrafrech*, 2007.
- Tiedemann K., *Il diritto penale dell'economia: suo ambito e significato per il diritto penale e per l'economia*, in Riv. Trim. Dir. Pen. Ec., 1998, 1.
- Tiedemann K., *Wettbewerbsstrafrecht*, in Tiedemann K. (a cura di), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union: Rechtsdogmatik, Rechtsvergleich, Rechtspolitik / Freiburg-Symposium*, Koln, Berlin, Bonn, Munchen, 2002.
- Vogel J., *La tutela penale contro la corruzione nel settore privato: l'esperienza tedesca*, in Acquaroli R. – Foffani L., cit., 2003.

-Walter, *Kriminalist*, 1996.

Giurisprudenza

Cass. 9.2.1999, in *CP* 2001.

Cass. 19.12.2002, Cambrini, in *D&G* 2003.

Cass., sez. II, sent. n. 24824/2009.

Cass., sez. V penale, n. 5848/2013.

Trib. Roma, ordinanza 4 Aprile 2003, in *Foro It.*, 2004.

Siti consultati

www.cortedeiconti.it

www.europarl.europa.eu

www.penalecontemporaneo.it

www.normattiva.it

www.cortedicassazione.it

www.transparency.it